

**Università degli Studi di Napoli “Federico II”**

**Facoltà di Economia**

**Dipartimento di Economia, Management e Istituzioni**

**Dottorato di ricerca in “Diritto dell’Economia”**

**- XXV Ciclo -**

**CLAUSOLE GENERALI, LIMITI AI POTERI PRIVATI E**

**SINDACATO DEL GIUDICE**

**Coordinatore**

**Chiar.mo Prof. Antonio Blandini**

**Dottoranda**

**Valentina Iannotta**

**Tutor**

**Chiar.mo Prof. Giuseppe Ferraro**

**Triennio 2010-2013**

## SOMMARIO

<b><u>Premessa</u></b>	pag. 4
------------------------	--------

### **Capitolo I: Poteri privati e clausole generali**

1. Brevi osservazioni sulla semantica delle clausole generali	pag. 16
2. Le clausole generali di buona fede e correttezza quali regole di comportamento contrattuale e metro oggettivo di valutazione dei poteri privati	pag. 26
3. Le clausole generali nei vari rami del diritto: I) nel Diritto Romano; II) nel Diritto Civile e Costituzionale. Prime riflessioni sulle clausole generali nel Diritto del Lavoro; III) nel Diritto Amministrativo	pag. 42
4. Le contrastanti opinioni della dottrina sull'art. 30 comma 1 della Legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. del "Collegato lavoro")	pag. 77
5. Problematiche aperte dall'art. 30, comma 1, L. 183/2010: questio facti e questio iuris	pag. 100

### **Capitolo II: Libertà di iniziativa economica privata, abuso del diritto, tecniche di tutela**

1. La dignità del lavoratore tra subordinazione e libertà di iniziativa economica del privato datore di lavoro	pag. 120
2. L'abuso del diritto: principio generale del nostro ordinamento?	pag. 141
3. Abuso (del diritto) della libertà di iniziativa economica privata e discrezionalità giudiziale: tutela dei lavoratori e rimedi esperibili nella legislazione del lavoro. Effettività della tutela e	

rimedi in forma specifica pag. 182

**Capitolo III: Le ragioni della comparazione tra il sindacato del giudice di legittimità amministrativo sull'esercizio del potere amministrativo e il sindacato del giudice del lavoro sull'esercizio dei poteri privati**

1. Perché comparare? pag. 199

2. Traslatio iudicii e unicità della giurisdizione quale ratio di una possibile comparazione tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione civile (del giudice del lavoro) pag. 229

3. Valutazioni tecniche, sindacato di merito, limiti al sindacato del giudice di legittimità. La centralità del fatto amministrativo pag. 246

4. La tecnicità dei poteri: la valutazione dei presupposti di fatto quale *trait d'union* tra sindacabilità della tecnica e controllo dei poteri pag. 273

5. Il sindacato del giudice di legittimità sulle "scelte tecniche complesse" dell' AGCM quale sindacato sui fatti pag. 299

6. Giudice di legittimità civile (di lavoro privato) come giudice prima di tutto del fatto pag. 318

**Bibliografia** pag. 353

## **Premessa**

Le problematiche e l'acceso dibattito nato in dottrina in merito alla disposizione contenuta nell'art. 30 comma 1 della Legge 4 Novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro) successivamente modificata o per meglio dire integrata dall'art. 1 comma 43 della L.28 Giugno 2012, n. 92 (c.d. Riforma Fornero)<sup>1</sup> rappresentano occasione per delle riflessioni sul significato e la natura delle clausole generali (in particolare buona fede e correttezza prima e abuso del diritto poi) e sulla portata e le differenze tra sindacato di legittimità e sindacato di merito del giudice del lavoro sull'esercizio dei poteri datoriali anche attraverso la comparazione con il giudizio amministrativo costituente sede privilegiata per l'elaborazione di tali concetti giuridici.

Ho ritenuto opportuno, per il buon fine di questa complessa analisi, partire innanzitutto da un attento studio della struttura semantica delle clausole generali e del loro diverso atteggiarsi nei vari rami del diritto: l'antico diritto romano, il diritto civile e costituzionale, il diritto amministrativo e il diritto del lavoro.

Nel diritto del lavoro le clausole generali di buona fede e

---

<sup>1</sup> *In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all' articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1 , del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, **contengano clausole generali**, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, **il controllo giudiziale è limitato esclusivamente**, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, **all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente**. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto*

correttezza sono qualificate come regole di comportamento contrattuale e metro oggettivo di valutazione dei poteri privati intendendo per titolari di poteri privati quei soggetti o quei centri di potere che godono di una posizione di supremazia o di dominio nei rapporti con altri soggetti che si trovano in una condizione, per così dire, di sottomissione rispetto ai primi. Si tratta di poteri che non si collocano nell'ambito di rapporti giuridici ben definiti ma si caratterizzano per una discrezionalità più o meno ampia; essi cioè sono svincolati da limiti precostituiti e, pur potendo essere vincolati nel fine, sono liberi nelle modalità di esercizio. L'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori che nasce innanzi all'esercizio di poteri di tal genere non attiene quindi al rispetto formale di norme di legge o di principi di ordine pubblico e buon costume né alla lesione di beni ed utilità appartenenti al soggetto o all'inadempimento di obblighi puntuali ma alla protezione degli interessi di coloro che sono sottoposti al potere rispetto ad un uso abusivo, arbitrario ed irragionevole di esso che può sfociare nel mancato rispetto di regole d'azione e comportamentali alla cui osservanza il soggetto (sottoposto) può avere interesse.

I poteri privati anche quando si autolimitano sono sempre dotati di un "surplus di potere" e conservano ampi margini di discrezionalità.

L'uso delle clausole generali di buona fede e correttezza, raccordate al controllo dei poteri imprenditoriali e datoriali forniti di margini più o meno elevati di discrezionalità o di libero

apprezzamento, consentono forme di controllo più penetranti sull'esercizio del potere da parte del datore di lavoro privato. Esse non rappresentano solo una tecnica legislativa opposta a quella che "legifera per fattispecie a contenuto predeterminato" ma hanno anche la funzione di introdurre, nel mondo del diritto, criteri di valutazione extralegislativi e di rendere immediatamente operanti, nei rapporti privati indicazioni e principi costituzionali oggetto di pretese puntuali, e fonte di responsabilità dei soggetti in caso di inosservanza.

La rilevanza sempre maggiore assunta dalle clausole di buona fede e correttezza trova ragion d'essere nella esigenza sempre più avvertita, non solo a livello nazionale ma anche europeo, che l'esercizio dei poteri dell'imprenditore/datore di lavoro privato avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori e che la libertà di impresa (rectius libertà di azione) venga considerata alla luce delle finalità per le quali è esercitata. Si tratta di un bilanciamento attento e pregnante tra libertà di iniziativa economica privata e diritti fondamentali che qualificano la personalità del lavoratore e la sua dignità.

In un'epoca che vede le imprese trasferirsi verso mercati che riducono i costi di lavoro e le spese sociali e ambientali fino a giungere ad una vera e propria "deregolamentazione sociale" e i lavoratori sempre più timorosi per la propria occupazione a causa della globalizzazione e dello snellimento delle aziende, il principio di solidarietà sociale e il principio personalistico consacrati dall' art. 2 Cost., sono divenuti punti di riferimento

irrinunciabili non solo dal punto di vista culturale ma anche e soprattutto economico; così come è sempre più avvertita, a livello nazionale ed anche e soprattutto europeo<sup>2</sup> la necessità che l'intangibilità della libertà di esercizio dei diritti della personalità costituisca misura di legittimità dell'autonomia del datore di lavoro.

Vero è che la norma costituzionale che sancisce la libertà di "fare impresa" (art. 41, comma 1 Cost.) è uno dei principi basilari della nostra Costituzione "economica" e che l'organizzazione del processo produttivo trova valido fondamento nell'autonomia contrattuale (strumento giuridico fondamentale per definire i rapporti con i lavoratori) tuttavia l'autonomia contrattuale non può costituire la dimensione esclusiva della rilevanza costituzionale dell'attività di impresa incontrando un significativo limite nella clausola di garanzia costituzionale dei valori personalistici (sicurezza, libertà, dignità).

Nel contesto di una esperienza giuridica sempre più diversificata accanto alla buona fede e alla correttezza ha assunto un'importanza crescente anche nel diritto del lavoro un'altra clausola generale: l'abuso del diritto.

Il problema dell'abuso del diritto si pone quando l'atto in cui si estrinseca il potere del datore di lavoro pur sembrando restare nei limiti della definizione del diritto, in realtà è utilizzato per raggiungere un risultato pratico diverso da quello consentito.

---

<sup>2</sup> dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è scomparso ogni riferimento alla "compatibilità economica" quale criterio informatore dell'ampiezza dei diritti e il capo IV dedicato alla solidarietà è la prova della resistenza a vedere il mercato come valore unico e fondante

L'abuso del diritto si differenzia sia dall'eccesso del diritto (nel quale lo sconfinamento è evidente a differenza dell'abuso nel quale rileva l'interesse in concreto perseguito) sia dalla buona fede oggettiva in quanto nel controllo sull'esercizio del diritto, filtrato attraverso il canone della buona fede, non rileva lo scopo per il quale tale esercizio è avvenuto bensì le modalità con le quali esso è realizzato.

Più specificamente in entrambe le figure la valutazione riguarda il momento dinamico del diritto soggettivo, ossia il suo divenire, ma cambiano gli oggetti della valutazione: il profilo modale nella buona fede, quello causale nell'abuso del diritto; esse comportano l'attribuzione di un notevole grado di discrezionalità agli interpreti (giudici). In particolare al giudice di legittimità è consentito andare al di là di una mera verifica (controllo) formale dei comportamenti e delle scelte aziendali e quindi di addentrarsi (quasi) nel merito di queste senza che ciò significhi entrare nel merito vero e proprio ossia nella opportunità e bontà delle scelte aziendali.

Il giudice sembra oggi sempre più doversi fare interprete di regole non scritte ma ugualmente rilevanti nell'ambiente sociale di riferimento combinando la giustizia sostanziale con quella formale. Ciò che infatti contraddistingue i concetti giuridici indeterminati e/o le clausole generali vere e proprie è di "rinviare la soluzione del conflitto ad una diversa autorità che ha il potere di applicare anche regole relativamente innovative".

L'art. 30 comma 1 L.183/2010 (c.d. "Collegato lavoro) così come



modificato dall' art. 1 comma 43 della L. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero) tuttavia, nel limitare il sindacato del giudice di legittimità, in presenza di clausole generali alla base di rapporti di lavoro, al solo accertamento dei presupposti di legittimità senza che lo stesso possa estendersi al merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive, sembra voler impedire un controllo approfondito (sostanziale) del giudice lasciando in tal modo spazio ad un controllo piuttosto formale.

Prima di analizzare e valutare la portata di questa disposizione ed esprimere delle considerazioni in merito ad essa, ho ritenuto opportuno approfondire i concetti di legittimità e merito e il loro discrimine.

A tal fine ho esteso l'indagine al giudizio amministrativo, sede naturale del controllo di legittimità dei poteri discrezionali e tecnici della pubblica amministrazione da parte di un giudice (T.A.R. e Consiglio di Stato) che pur svolgendo un sindacato di legittimità conosce pienamente il fatto amministrativo.

La comparazione tra giudizio di legittimità amministrativa e giudizio di legittimità civile (di lavoro privato) e in generale tra le giurisdizioni è stata facilitata e resa più semplice rispetto al passato in quanto la giurisdizione tende ad essere sempre più omogenea ed unitaria; pur nelle sue diversificate articolazioni, come conferma il generale principio della *traslatio iudicii* introdotto con due sentenze, una della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (n. 4109/2007) e l'altra della Corte Costituzionale (n. 77/2007) e oggi consacrato nell'art. 11 del Codice del

Processo Amministrativo e nell' art. 59 della L. 69/2009. Nel quadro normativo attuale, la commistione tra modelli e istituti è arrivata ad un livello tale da rendere possibile la individuazione di specifiche regole di integrazione tra sindacato sul potere pubblico e sindacato sui poteri privati, come conferma del resto la nuova formulazione dell' art. 111 Cost. (*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*) che si riferisce a tutti i giudizi compreso quello amministrativo.

La possibilità di applicare al diritto privato figure radicate nell'esperienza pubblicistica e viceversa si fonda sulla idea di un ordinamento sostanzialmente unitario, sulla relatività storica dei concetti e sulle conseguenti difficoltà di fissare in modo assoluto e definitivo il confine tra diritto pubblico e diritto privato. Il potere privato infatti, per quanto non direttamente funzionalizzato alla realizzazione di un interesse pubblico si realizza in forme non dissimili da quelle proprie dei poteri di diritto pubblico: in entrambe i casi esiste una sfera riservata al titolare del potere, insindacabile con qualsiasi strumento (pubblico o privato); e un ambito sottoposto al controllo giudiziario.

Mentre in diritto civile è il giudice che qualifica i comportamenti dei soggetti attraverso il potere di concretizzazione dei concetti giuridici; in diritto amministrativo tale potere è esercitato dalla

Pubblica amministrazione al fine di realizzare il pubblico interesse e solo dopo il giudice valuterà tale esercizio secondo parametri di legittimità. Quindi i concetti giuridici indeterminati e/o clausole generali operano nel diritto civile con riferimento ai poteri del giudice che ha discrezionalità (poteri di valutazione) nelle materie di giudizio; nel diritto amministrativo invece sono le autorità amministrative che hanno discrezionalità nell'applicare le regole tecniche in base alle quali si forma il giudizio. Quello che viene in evidenza è quindi l'uso della discrezionalità intesa anche come potere da parte del giudice e della stessa P.A. nell'ambito delle proprie competenze.

La comparazione riesce oggi più facile anche perché mentre in passato la discrezionalità amministrativa era considerata ponderazione di interesse primario ed interessi secondari (quindi era differente dalla discrezionalità propria dei poteri privati); oggi anche per la discrezionalità amministrativa si parla di scelta tra più soluzioni legittime.

Sulla base di queste considerazioni ho quindi comparato sistema pubblico e sistema privato (nella specie diritto di lavoro privato) al fine di individuare l'ambito e i limiti del sindacato del giudice civile di legittimità e dei poteri che lo caratterizzano.

In particolare ho constatato che il giudice del potere amministrativo esercita il suo sindacato sui poteri discrezionali (tecnici) della P.A. (fermo il limite del merito amministrativo) sulla base della considerazione che oggi in quasi tutti i poteri amministrativi è presente una forte componente tecnica quindi

quanto più si ritiene sindacabile la tecnica tanto più sono controllabili i poteri.

Conserva tuttavia rilevanza la distinzione tra legittimità e merito: ciò in quanto i vizi di merito della azione amministrativa restano fuori del sindacato del giudice della legittimità. Mentre il giudizio di legittimità investe la compatibilità in assoluto della soluzione scelta dalla Amministrazione con le premesse di fatto e di diritto con cui era stata adottata, il giudizio di merito tocca l'opportunità di una soluzione rispetto ad altre possibili pure legittime. Per le valutazioni tecniche quindi il problema del controllo del giudice non si pone nel suo rapporto con la discrezionalità amministrativa. L'accertamento del fatto e il suo apprezzamento non rientrano e non attengono al merito: l'opinabilità di un apprezzamento non va confusa con l'opportunità in quanto una cosa è l'evenienza che un apprezzamento connesso ad una nozione elastica sia opinabile (ciò non esclude che si verta in tema di legittimità) altra cosa è l'opportunità ossia la comparazione degli interessi implicati dalla fattispecie (la valutazione in tal caso attiene al merito).

L'opinabilità dell'apprezzamento incide solo sulla tecnica di controllo giudiziario: il giudice non sostituisce direttamente il suo apprezzamento a quello opinabile della amministrazione ma si limita, secondo la tecnica di controllo del giudizio di legittimità, a controllare l'apprezzamento della amministrazione non però sotto il profilo estrinseco e formale ma sotto quello interno della verifica diretta della attendibilità delle operazioni

tecniche quanto a correttezza sia del criterio tecnico che del procedimento applicativo. La giurisprudenza di legittimità quindi non può limitarsi ad individuare solo la norma applicabile al caso concreto ma deve accertare anche i fatti posti a presupposto della azione amministrativa e delle norme di diritto applicabili. Quando il giudice amministrativo è investito del solo sindacato di legittimità dell'atto amministrativo ha comunque il potere di conoscere sempre le questioni di fatto tutte le volte in cui la risoluzione delle stesse è necessaria per verificare l'esistenza dei vizi dell'atto impugnato.

Ed in effetti la giurisprudenza del G.A. sulle valutazioni tecniche complesse partendo dalla idea di una vera e propria riserva di amministrazione in merito alle valutazioni tecniche della P.A. si è evoluta nel tempo giungendo ad affermare che il giudice amministrativo di legittimità è giudice del fatto amministrativo ed è indubbio ed evidente che per esercitare la propria giurisdizione e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo potrebbe essere affetto, non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e logicità del modo in cui l'amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto neppure quando si tratti di atti a contenuto fortemente valutativo cui inerisce un alto grado di discrezionalità anche tecnica.

In questo processo evolutivo assume un'importanza particolare la sentenza 601 del 1999 della IV Sezione del Consiglio di Stato che ha superato la barriera "tradizionale" del concetto di

discrezionalità tecnica come merito amministrativo insindacabile e, riducendo in parte lo spazio libero della amministrazione, ha affermato la possibilità di un sindacato pieno ed effettivo sulle valutazioni tecniche della P.A.. La giurisprudenza successiva è stata caratterizzata dall'idea che il sindacato del giudice di legittimità deve essere pieno ed effettivo anche quando si tratta di concetti giuridici indeterminati che presentano un elevato grado di tecnicità (deve concentrarsi su come i poteri sono stati esercitati e su come sono stati definiti e utilizzati i criteri rilevanti ai fini della decisione).

L'esistenza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa, è ragionevole ma non anche però in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole la sindacabilità giurisdizionale.

Quanto affermato trova riscontro anche e a maggior ragione dinanzi alle clausole generali in quanto l'attività interpretativa in presenza di tali concetti giuridici indeterminati deve necessariamente tener conto del caso concreto: la genericità del precetto comporta quale effetto automatico e necessario una dilatazione della attività interpretativa del giudice il quale in primo luogo dovrà ricostruire la fattispecie storica portata alla sua attenzione (**questio facti**) e poi solo in un secondo momento assumerla in quella astratta ricavata in via interpretativa dalla clausola generale (**questio iuris**).

Dunque nel campo del diritto del lavoro, il giudice (del lavoro) che il Legislatore vuole che sia giudice di legittimità, nel sindacare le valutazioni tecniche organizzative e produttive non può non accertare i fatti ma, anzi, deve farlo soprattutto quando si tratta di applicare clausole generali che in quanto norme elastiche che non descrivono la fattispecie ma esprimono un precetto giuridico indeterminato, ricevono un contenuto attraverso l'intervento del giudice chiamato ad individuare la regola da applicare al caso concreto senza un modello di decisione precostituita da una fattispecie normativa astratta; e quindi valorizzano in un certo senso, l'apprezzamento discrezionale del giudice.

L'intento del legislatore dunque di eliminare, ridurre o delimitare la discrezionalità del giudice nell'interpretazione applicativa allorquando la norma di legge da applicare sia formulata come clausola generale va quindi sottoposto a lettura critica in quanto le clausole generali come ampiamente affermato implicano per natura una delega alla discrezionalità del giudice: se non vi è questa delega non può esserci una clausola generale.

Peraltro già l'accertamento dei presupposti è controllo perchè significa accertare se i fatti stanno proprio come sostiene il datore di lavoro. Incongruo appare un sindacato del giudice limitato al solo accertamento dei presupposti di legittimità senza permettergli di valutare le decisioni tecniche, organizzative e produttive sulle quali si fonda la decisione del datore di lavoro.

## **CAPITOLO I**

### **Poteri privati e clausole generali**

#### **1. Brevi osservazioni sulla semantica<sup>3</sup> delle clausole generali**

Sia il lessico della dottrina e della giurisprudenza sia il profilo semantico peculiare delle clausole generali è vario<sup>4</sup>.

Tuttavia, qualsiasi cosa siano le clausole generali<sup>5</sup> e qualunque sia il loro tratto semantico, sia la giurisprudenza che la dottrina sostengono che la determinazione del significato delle clausole generali richiede una "integrazione valutativa" e che essa avviene attraverso una "delega" che la stessa formulazione della clausola

---

<sup>3</sup> Attraverso un accorto esame della struttura semantica delle clausole generali è possibile cogliere appieno la funzione o le funzioni delle clausole generali e soprattutto se e come queste possano essere assolte; Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali*, in Rivista critica di diritto privato, Jovene, Napoli, 1987, pag 709-733 parla della intenzionalità della indeterminatezza quale elemento caratteristico delle clausole generali e del programma del legislatore; tuttavia l'intenzionalità serve a connotare le clausole generali sul piano funzionale in maniera incompleta scavalcando la questione della struttura semantica delle clausole generali e trascurando il rapporto tra funzione e struttura. L'aspetto della consapevole indeterminatezza delle clausole generali era già stato segnalato anche da Caiani L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954

<sup>4</sup> Nel primo caso vengono usate come perfettamente o parzialmente sinonime le nozioni di clausola generale, concetto elastico, termine valutativo, concetto indeterminato, standard valutativo, concetto valvola, nozione a contenuto variabile; quanto al profilo semantico peculiare delle clausole generali vengono usati termini svariati quali indeterminatezza, elevata generalità, particolare tipo di vaghezza ecc... Velluzzi V., *Osservazione sulla semantica delle clausole generali*, in Etica&Politica 2006, I, [www.units.it/etica/2006\\_1/VELLUZZI.htm](http://www.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.htm)

<sup>5</sup> Per una panoramica generale sulle clausole generali si veda: Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali* in AA.VV. *Il principio di buona fede – Giornata di Studi – Pisa 14 giugno 1985*, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 9 e ss; Rodotà S., *Note critiche in tema di proprietà* in Riv.trim. Dir.Proc.Civ., Giuffrè, Milano, 1960; Di Majo A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in Riv. Crit. Dir. Priv., Jovene, Napoli, 1984



generale accorda all' interprete<sup>6</sup>.

Il profilo della delega al giudice (interprete) di un peculiare potere di concretizzazione è infatti presente nella letteratura, pur se diversa è la terminologia della causa di tale delega di potere. Ciò si spiega in quanto nelle clausole generali vi è *"una eccedenza di valori di contenuto assiologico rispetto ai contenuti normativi abituali delle regole"*, eccedenza assiologica dalla quale deriva che nelle clausole generali vi è *"una delega al giudice affinché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono e costruita secondo i criteri che l'ordinamento stesso gli prescrive di seguire ... nelle clausole generali opera ... la delega a ricevere valori fuori dai rigidi confini dell' ordinamento positivo"* <sup>7</sup>.

In dottrina<sup>8</sup> si ritiene che per trovarsi in presenza di una clausola

---

<sup>6</sup> Velluzzi V., *Osservazione sulla semantica*, op.cit. pag. 2

<sup>7</sup> Rescigno P., *Appunti sulle clausole generali*, in *Rivista di diritto commerciale*, Piccin Nuova Libreria, Padova, 1998, pag. 1-8; il sintagma "eccedenza assiologica" è ricorrente in E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949, Ed. II rivista a cura di Crifò G., 1971, pag.152-154, 159; Rosselli F., *Il controllo della cassazione civile sull' uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, che ritiene che le clausole generali siano norme elastiche e la elasticità dipenderebbe proprio dal profilo della "eccedenza assiologica"; ed ancora Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1999, pag. 47, secondo il quale le clausole generali sarebbero i "polmoni vitali dell'ordinamento". Insistono sulla capacità di adeguare per mezzo delle clausole generali il diritto alla specificità del caso, Torrente A., Schlesinger, P. *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 44: "buona fede, buon costume diligenza...obbligano ad una valutazione di specifica riferibilità al singolo caso che nella sua concretezza e specificità è sempre refrattario a farsi comodamente inquadrare nelle rigide descrizioni delle fattispecie legali; secondo Ruoppo E., *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi, Bologna, 2001, pag. 29, concetti del genere non hanno un significato buono una volta per tutte perchè ricevono il loro senso dal clima sociale e culturale dell'ambiente in cui devono essere applicate; questo esalta il ruolo dell'interprete che, per individuare il precetto, è chiamato a fare da "mediatore" tra il testo normativo e la realtà sociale.

<sup>8</sup> D'Amico G., *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, Giuffrè, Milano, 1989, pag. 426 e ss

generale non basta che gli elementi della fattispecie siano descritti con un più o meno notevole grado di indeterminatezza ma è essenziale che la norma presenti una struttura aperta ossia che non operi essa stessa la qualificazione giuridica del fatto ma "deleghi" questo compito all'interprete. Non dunque una fattispecie già definita dal legislatore ma una fattispecie che spetta al giudice ricostruire.

Tale apertura ha come conseguenza, per ciò che riguarda l'applicazione della norma, il rinvio da una parte a criteri non giuridici esterni all'ordinamento giuridico e dall'altra l'ampliamento della discrezionalità giudiziale nel compimento della attività di integrazione valutativa della norma.

La clausola generale cioè comporta la necessità per l'interprete di porre in essere giudizi di valore del tutto peculiari rispetto a quelli da lui compiuti ove debba applicare norme che non sono o non contengono clausole generali<sup>9</sup>.

Nell'uso prevalente si tratta di *termini o sintagmi di natura valutativa caratterizzati da indeterminatezza semantica*<sup>10</sup> diversa dalla vaghezza di grado, da quella c.d. combinata e dalla

---

<sup>9</sup> Velluzzi V., *Osservazione sulla semantica...*, op.cit. pag. 5-6

<sup>10</sup> Si ha "indeterminatezza semantica" quando ricorre un termine o sintagma valutativo il cui criterio di applicazione non è determinabile se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti. Essa infatti non è dovuta all'incertezza della applicazione del criterio o dei criteri di un termine, bensì al fatto che i criteri applicativi stessi non sono determinabili se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio. Questo uso del termine "indeterminatezza" peraltro mette in luce come il significato delle clausole generali è incerto in quanto la sua determinazione dipende appunto dalla scelta tra uno o più criteri e tende a distinguere questo tipo di incertezza dalle altre. Velluzzi V., *Osservazione sulla semantica...*, op.cit. pag. 8

*ambiguità<sup>11</sup>: il significato di tali termini non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti.*

I criteri dei quali il giudice si serve per "riempire di significato" la clausola generale possono cioè riguardare norme giuridiche (criteri interni) o per esempio criteri quali la morale sociale (c.d. criteri esterni).

In particolare vi sono casi in cui la clausola generale (si pensi alla nozione di "motivi di particolare valore morale e sociale") indica il "tipo" di criterio utile ad individuarne il significato, lasciando all'interprete la scelta del criterio nell'ambito del tipo indicato (in questo caso la clausola indica la necessità di ricorrere ad uno o più criteri - per esempio tutti esterni di natura morale - escludendone altri). In questa ipotesi l'ambito nel quale l'interprete può esercitare la sua discrezionalità è elevato.

Vi sono poi casi nei quali invece, le clausole (per es. la nozione

---

<sup>11</sup> La "vaghezza di grado" (anche detta vaghezza senza specificazioni ulteriori) riguarda il significato ossia consiste nella difficoltà di riferire il significato di un termine ad alcuni casi, ovvero si tratta di una proprietà del significato e si intende che quel significato non può essere delimitato con precisione; la "vaghezza combinata" riguarda anch'essa il significato ma non è riferibile a grandezze misurabili come la vaghezza di grado ma si ha in ragione di una combinazione di caratteristiche e non è una dimensione (come la vaghezza di grado) ma pluridimensionale; l' "ambiguità" riguarda i termini, i sintagmi e gli enunciati e si ha ove questi esprimano più significati o tra loro totalmente irrelati (omonimia) o aventi tutti un carattere comune (c.d. ambiguità in senso stretto): in entrambi i casi si ha un fenomeno diverso dalla vaghezza combinatoria; ed infatti non vi è come per quest'ultima, una molteplicità di condizioni non ben determinate per l'applicazione di una espressione linguistica bensì il termine, il sintagma, l'enunciato è in grado di esprimere più significati. L'ambiguità cioè presuppone una pluralità di significati ognuno dei quali può essere più o meno vago. Velluzzi V., *Osservazione sulla semantica...*, op.cit. pag. 7- 8

di "buona fede"), in ragione della loro formulazione, rinviano indifferentemente ai criteri esterni o interni al diritto; la discrezionalità dell'interprete in questo caso è ancora più elevata. Ed infatti, che un comportamento sia o meno contrario a buona fede può essere stabilito tanto sulla base di criteri morali individuali o di morale sociale quanto sulla base di norme giuridiche<sup>12</sup>.

L'uso di un criterio esterno al sistema giuridico non è l'unica via che l'interprete può percorrere ma è frutto di una specifica opzione valutativa riguardante la funzione che si attribuisce alla clausola generale. E' il giudice cioè che sceglie a fronte delle molteplici possibilità che gli si mostrano, il criterio da utilizzare (interno ossia norma giuridica o esterno ossia le regole morali o del costume interessate).

La delega al giudice, che la clausola generale opererebbe, si sostanzia quindi nella scelta del criterio (c.d. standard), scelta che ha natura discrezionale sostanziandosi, ai fini della formulazione della clausola generale, nella necessità di determinare il criterio di applicazione del termine valutativo in essa contenuto.

L'integrazione valutativa che consiste infatti nella scelta del criterio - esterno o interno - al fine di individuare il significato della clausola generale, si differenzia dalla attività interpretativa,

---

<sup>12</sup> Velluzzi V., *Osservazione sulla semantica...*, op.cit. pag. 9 e 10; cfr. sul punto Pino G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, Jovene, Napoli, 1, 2004, pag. 42 e ss., il quale evidenzia come le clausole generali possono essere contenute tanto in norme esplicite dell'ordinamento quanto in norme inesprese (è questo il caso per l'ordinamento italiano, della clausola generale dell'abuso del diritto) anche se in questi casi il primo problema da risolvere è se abbiano o meno cittadinanza nell'ordinamento.

anch'essa discrezionale, compiuta affrontando questioni di vaghezza del significato o di ambiguità dei termini o dell'enunciato oppure in presenza di termini generali o generici ma in assenza di termini valutativi<sup>13</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina<sup>14</sup> pur riconoscendo il legame esistente tra clausole generali e il potere di concretizzazione giudiziale (rectius: interpretazione valutativa) ritiene che non si possa prescindere dall'indagare la causa dalla quale tale potere nasce: l'intenzionalità della indeterminatezza.

Le clausole generali infatti sono fattispecie normative indeterminate caratterizzate da una serie di elementi quali: 1) la mancanza nella formulazione normativa della indicazione di una "fattispecie analitica"; 2) l'inserimento in un ambito delineato da altre disposizioni; 3) il riferimento del precetto a "valori"; 4) l'attribuzione al giudice di un compito determinativo di regole concrete<sup>15</sup>.

Le clausole generali però si differenziano dalle norme generali: mentre le prime infatti sono denotate da fattispecie incomplete che è demandato al giudice completare tramite standard sociali; la norma generale è una norma completa costituita da una fattispecie e da un comando ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva.

---

<sup>13</sup> Velluzzi V., *Osservazione sulla semantica..*, op.cit pag. 10 e 12

<sup>14</sup> Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali*, op.cit. pag. 721 e ss

<sup>15</sup> D'Angelo A., *Clausola generale di buona fede e integrazione del contratto in Il contratto in generale. La buona fede*, Giappichelli, Torino, 2004, [www.altalex.com](http://www.altalex.com), pag. 4 e ss.

Più specificamente le norme generali, prodotte secondo la tecnica della “fattispecie”, forniscono al giudice un potere discrezionale “di fatto”, nel senso che l’interprete (giudice) adatterà il caso concreto alla fattispecie astratta che la norma gli predispone senza alcun potere “creativo” (si pensi ad es. all’art. 1321 c.c. che definisce il contratto come *l’accordo di due o più parti per costituire, modificare, o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*; si tratta cioè di una tipica norma generale astratta che ben potrà essere adattata ad ogni ipotesi di accordo stretto tra due o più parti, volto a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici patrimoniali). Cosa ben diversa è la clausola generale: in questo caso il giudice avrà un potere discrezionale “di diritto”; esso cioè, rivolgendosi a valori al di fuori del dato positivo, creerà la regola da applicare al caso concreto in armonia con il vaglio sistematico.

Certo è che anche la norma generale lascia al giudice un certo margine di discrezionalità e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione ma si tratta di una discrezionalità di fatto e non di una discrezionalità integrativa o produttiva di norme<sup>16</sup>.

Se la funzione applicativa di norme formulate con la tipica

---

<sup>16</sup> Benassi G., *Clausola generale e giudice del lavoro: l’art. 30, primo comma, della legge n. 183 del 2010*, in Arg. dir. Lav. n. 1/2012, Cedam, Padova, 2012, pag. 95 e ss., secondo il quale le clausole generali si differenziano anche dalla equità. Se è vero infatti che entrambe costituiscono valvole di sicurezza del sistema e quindi condividono la medesima funzione di apertura dell’ordinamento a regole extra giuridiche, nell’equità la regola è creata dal giudice specificamente per il caso concreto, mentre nelle clausole generali il giudice la desume dal contesto sociale di riferimento per regolare anche il caso specifico; sul punto cfr. Carinci M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. n. 183/2010*, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it)

struttura condizionale a fattispecie analitiche non esclude ambiti di determinazione rimessi al giudice, il ruolo determinativo riservato a quest'ultimo rispetto alle clausole generali, è reso molto ampio e peculiarmente autonomo dalla "indefinizione" della fattispecie e dello stesso precetto a ragione del suo riferimento a valori. E il fondamento di tale ruolo risiede nella peculiarità stessa del programma normativo che si esprime nelle clausole generali che sono volte specificamente ad instaurare "quella articolazione dell'ordinamento" che consiste nella ripartizione di competenze normative tra legge e giudice<sup>17</sup>.

L'autonomia del ruolo determinativo del giudice - sia riguardo all'apprezzamento del fatto svincolato dal procedimento di sussunzione in una fattispecie legale data, sia riguardo alla attuazione del valore enunciato dal precetto, assicura vantaggi di elasticità e duttilità che corrispondono alla struttura del programma normativo proprio delle clausole generali<sup>18</sup>.

Si tratta di una delle "forme espressive" maggiormente caratterizzanti l'odierno diritto (anche costituzionale). Secondo parte della dottrina il nostro diritto sarebbe entrato infatti nell'*età delle clausole generali* al punto tale che anche la nostra Costituzione sarebbe una "Costituzione per clausole generali"<sup>19</sup> (si pensi all'art. 21 - buon costume; art. 2 - principio di solidarietà; art. 3 - principio di ragionevolezza e proporzionalità; art. 41 comma 2 - principio di utilità sociale; art. 118 - principio

---

<sup>17</sup> D'Angelo A., *Clausola generale*, [http:// www.altalex.com](http://www.altalex.com), op. cit. pag. 5

<sup>18</sup> D'Angelo A., *Clausola generale*, [http:// www.altalex.com](http://www.altalex.com), op. cit. pag. 6

<sup>19</sup> Pedrini F., *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in Quaderni costituzionali, n. 2, giugno 2012, Il Mulino, Bologna, 2012, pag. 285 e ss.

di sussidiarietà).

Le clausole generali (buona fede, correttezza, giusta causa, giustificato motivo, utilità sociale, motivi abietti e futili ecc.) sono qualificate come singole o specifiche norme, frammenti di norme o singole disposizioni contenenti la norma o il frammenti di norma il cui vero significato risiederebbe nella tecnica legislativa: in virtù della loro grande generalità permettono di sottomettere un maggior numero di rapporti concreti di fatto ad una conseguenza giuridica in maniera esauriente ossia priva di lacune e suscettibile di adattamento alle diverse circostanze<sup>20</sup>.

Come si sa la casistica è sempre esposta al pericolo di dominare una materia giuridica soltanto in modo frammentario e provvisorio; tale pericolo viene evitato appunto facendo ricorso alle clausole generali.

Esse sono oggetto di una scelta intenzionale del legislatore allo scopo di introdurre un certo (maggiore) coefficiente di elasticità nell'ordinamento con l'effetto di allentare il vincolo di sottoposizione alla legge di giurisdizione e amministrazione tutte le volte che queste ultime sono chiamate ad applicare direttamente le norme contenenti clausole generali<sup>21</sup>.

In dottrina<sup>22</sup> si è peraltro evidenziato come le clausole generali non siano costituite da concetti discrezionali non delegandosi all'interprete una decisione sostanzialmente personale. I caratteri

---

<sup>20</sup> Engisch K., *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Baratta A., Giuffrè, Milano, 1979

<sup>21</sup> Pedrini F., *Clausole generali e Costituzione*, op.cit., pag. 295 e ss

<sup>22</sup> Betti E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, Milano, 1949



che contraddistinguono l'interpretazione anche in funzione integrativa e ne fanno risaltare l'antitesi con la discrezionalità sono: l'univocità che conduce a riconoscere esatta, almeno teoricamente una sola soluzione (in quel dato momento storico e in quella data soluzione di fatto); la prevedibilità e la rigorosa controllabilità del risultato assicurato, almeno in teoria, dal fatto che in esse sono escluse valutazioni di mera opportunità.

L'apprezzamento del giudice non ha carattere discrezionale in senso proprio ma di apprezzamento che, in linea di principio, è vincolato benché i criteri in questione (aventi sempre una propria oggettività che li sottrae all'arbitrio soggettivo) sono di natura elastica.

L'incompletezza "intenzionale" delle clausole generali, risponde a specifiche scelte di politica legislativa: le clausole generali non rappresentano altro che l'occasione per il giudice di svolgere quel compito che l'impianto dello Stato costituzionale gli affida<sup>23</sup>.

In un periodo di conclamata ipertrofia legislativa che condurrebbe ad interventi disorganici e in perenne infruttuosa rincorsa rispetto alle esigenze sociali man mano emergenti, le clausole generali sono la risposta più opportuna all'istanza di adeguamento del sistema giuridico a quello sociale<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Buffa F., *I limiti al sindacato del giudice sui poteri del datore di lavoro*, in "Collegato lavoro e tutela giurisdizionale" (a cura di F. Buffa), Quaderni del Massimario, n. 1/2011

<sup>24</sup> Secondo Luciani M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, le clausole generali rinviando l'interprete all'accertamento non di fatti sociali ma di valutazioni sociali ovvero al "fatto" delle valutazioni sociali di quei fatti. Sono giudizi di valore dominanti nella collettività che l'interprete deve accertare per dare un senso alla norma e anche se per farlo utilizza i concreti rapporti sociali come elemento di prova, un conto è puntare

L'indeterminabilità assoluta di questi concetti è stata infatti ben valutata dal legislatore il quale ha ritenuto che la loro introduzione nell'ordinamento e la loro concreta determinazione, indipendentemente da una esplicita e rinnovata previsione legislativa, rispondano alla necessità di ridurre, a mezzo di parametri variabili, la tensione che normalmente nasce tra realtà giuridica e realtà sociale<sup>25</sup>.

## **2. Le clausole generali di buona fede e correttezza quali regole di comportamento contrattuale e metro oggettivo di valutazione dei poteri privati**

Titolari di poteri privati, sia di diritto che di fatto, figurano quei soggetti o quei centri di potere (sociale o economico) che godono di una posizione di supremazia e di dominio nei rapporti con altri soggetti che si trovano in una condizione per così dire di sottomissione rispetto al potere dei primi<sup>26</sup>.

Si pensi ad esempio, al potere di cui gode l'imprenditore

---

l'attenzione direttamente su questi, un altro è tenerli presenti come mera fonte di cognizione di una diversa realtà (le valutazioni che sorreggono quei rapporti).

<sup>25</sup> cfr. Rodotà S., *Note critiche in tema di proprietà*, in Riv.trim. dir. proc. civ. Giuffrè, Milano, 1960

<sup>26</sup> Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, in *La tutela civile dei diritti*, 3, II ed., Giuffrè, Milano, 1993, pag. 372 ; cfr. anche Lombardi, G. *Potere privato e diritti fondamentali*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 1970; Fanelli O., *Limiti dei poteri imprenditoriali nell'esercizio dell'impresa: profili giurisprudenziali*, in Studi in memoria di D. Napoletano, Giuffrè, Milano, 1986; Ferraro G., *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992; Buoncristiano M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986

nell'azienda; ai poteri di cui gode un qualsiasi soggetto "economicamente" più forte sul terreno della conclusione dei contratti (ad esempio imponendo condizioni generali); ai poteri di cui godono le associazioni o lato sensu tutte quelle entità che si definiscono "formazioni sociali"<sup>27</sup> nei riguardi di coloro che appartengono ad essa (ad es. attraverso la irrogazione di sanzioni disciplinari).

La Costituzione ha allargato l'ambito di tutela dei diritti e degli interessi del singolo anche con riguardo a questi poteri c.d. privati e non solo nei riguardi dei pubblici poteri (art. 2 Cost)<sup>28</sup>. Tale ampliamento tuttavia non risolve il problema delle forme di tutela cui aspira il singolo quando si trova in conflitto con questi poteri privati<sup>29</sup>: l'interesse del singolo non ha la forma del diritto soggettivo ossia della "pretesa incondizionata" affinché altri faccia o non faccia qualcosa né rispettivamente colui che è titolare di un potere è "obbligato" a comportarsi in un dato modo. I due soggetti cioè, non si trovano tra di loro in una situazione soggettiva qualificabile come "rapporto" (ossia il diritto di una parte di pretendere qualcosa e l'obbligo dell'altra di soddisfare

---

<sup>27</sup> cfr. Nigro M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in Pol.Dir.,1975

<sup>28</sup> Si parla a tal proposito di "effetti verso i terzi" delle norme costituzionali; il che significa che la Costituzione deve essere rispettata anche nell'ambito di organizzazioni o di gruppi che si reggono su principi di autonomia e di libertà (di associazione). Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit., pag. 372

<sup>29</sup> Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit., pag. 372; cfr. sul punto si veda anche Nigro M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, op cit; Buoncrisiano M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, op.cit., il quale si pone il problema di individuare le singole tecniche di tutela azionabili contro i poteri privati.

tale pretesa). L'esercizio di un potere privato<sup>30</sup> infatti, presuppone una situazione di supremazia e di prevalenza di una parte sull'altra: le posizioni dei due soggetti non sono paritarie né predeterminate come nel caso del rapporto giuridico che presuppone che le posizioni dei soggetti siano ben delineate nelle figure del diritto e/o dell'obbligo, paritetiche o comunque simmetricamente opposte o a contenuto predeterminato<sup>31</sup>.

Si pensi ad esempio alla situazione in cui si trova il prestatore di lavoro di fronte al "potere" dell' imprenditore di dare o non dare un certo assetto alla organizzazione del lavoro in rispondenza all'interesse dell'impresa; o ancora di promuovere o non promuovere a qualifiche superiori; di attribuire o meno determinate mansioni; di applicare o meno una certa sanzione disciplinare al dipendente, procedere a licenziamenti c.d. collettivi ecc..

I poteri c.d. privati sono quindi quei poteri del privato che non si collocano nell'ambito dei rapporti giuridici ben delimitati (quale può essere un rapporto contrattuale) ma si caratterizzano per una discrezionalità più o meno ampia e non hanno la loro origine in precise norme di legge o in atti consensuali di privata autonomia: tutti i poteri hanno aspetti di discrezionalità, tuttavia la

---

<sup>30</sup> Il potere privato dipende da una eccedenza di forza e al contrario di altri poteri giuridici o situazioni soggettive, è un potere "trascendente" perchè non è collegato ad uno scopo o ad una funzione particolare e non è inserito in una rete di rapporti. Di Majo A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in Riv.giur.dir. lav. I, Ediesse, Roma, 1983. pag. 341 e ss

<sup>31</sup> Secondo Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit., pag. 373, si tratta di situazioni in cui le posizioni dei soggetti non sono predeterminate giacché l'uno gode di poteri il cui esercizio è discrezionale (essendo contraddistinto da una più o meno ampia possibilità di scelta) e l'altro è sottomesso ai poteri del primo.

discrezionalità dei poteri privati<sup>32</sup> è più ampia, in quanto essi sono svincolati da limiti precostituiti e, pur potendo essere vincolati nel fine, sono liberi nelle modalità di esercizio<sup>33</sup>.

L'esigenza di tutela che nasce dinnanzi all'esercizio di poteri di tal genere, non attiene quindi al rispetto formale di norme di legge o di principi di ordine pubblico e di buon costume ma alla protezione di interessi di coloro che sono "sottoposti" al potere rispetto ad un uso arbitrario ed irragionevole di esso<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> I profili di discrezionalità sono stati ritenuti riconducibili in primo luogo alla figura del potere imprenditoriale (come "situazione attiva" conferita al "datore di lavoro come capo dell'impresa vale a dire nell'interesse quale da lui inteso e gestito, dell'organizzazione aziendale quale da lui predisposta e governata"). Iannotta L., *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della P.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, E.S.I., 1984, pag. 78.

<sup>33</sup> Si tratta di poteri che sono espressione di situazioni di supremazia del soggetto verso altri che appaiono sottoposti al potere. La situazione cioè non è quella egualitaria e paritetica del rapporto giuridico in cui la posizione di ciascun soggetto è chiaramente delineata. Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit., pag. 377.

<sup>34</sup> Il moderno diritto del lavoro e delle relazioni industriali si è mosso nella direzione di approfondire e affinare sempre più le c.d. tecniche garantistiche di matrice contrattuale e/o pattizie al fine di sottoporre a disciplina e controllo il potere imprenditoriale e ciò in massima parte attraverso lo strumento della contrattazione collettiva quale espressione di una forza paritetica rispetto a quella dell'imprenditore e usando almeno apparentemente gli stessi poteri di fatto più che giuridici di cui gode quest'ultimo. Di Majo A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, op.cit. pag. 344.

Data l'analogia che la situazione presenta con quella che contrassegna il rapporto tra pubblico potere e cittadino si è richiamata la figura dell'interesse legittimo (cfr. Bigliuzzi Geri L., voce *Interessi legittimi*, in Digesto, disc. priv. (sez. civ.) IX, Torino, 1993, pag. 527 e seg.; ID, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967), che è figura, come è noto, propria del diritto amministrativo contrassegnando essa la posizione del soggetto rispetto al pubblico potere, posizione che non è di diritto soggettivo ma di interesse protetto in connessione e/o in occasione con la tutela dell'interesse pubblico... Tuttavia la poca simpatia che si nutre per categorie del diritto amministrativo ha indotto parte della dottrina a percorrere altre vie. Si è richiamata così la possibilità di fare riferimento a principi generali come quelli di buona fede e correttezza che possono consentire di realizzare forme più penetranti di controllo sui poteri privati. Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit., pag. 373.

Nelle prime decisioni significative<sup>35</sup> che si sono poste il problema della tutela delle posizioni soggettive dei singoli dinanzi all'esercizio del potere privato discrezionale e non vincolato sono venuti alla ribalta i principi di buona fede<sup>36</sup> e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.) considerati in grado di consentire la realizzazione di forme di controllo sui poteri del soggetto. Anche nell'esercizio di un potere discrezionale il soggetto deve comportarsi secondo buona fede rispettando certi parametri o standards sociali (ad es. il pari trattamento)<sup>37</sup>.

Di tali principi si è fatta applicazione soprattutto nei rapporti di lavoro al fine del controllo dell'uso del potere da parte del datore di lavoro. Tuttavia l'individuazione di moduli operativi con riferimento ai principi di buona fede e correttezza è impresa ardua essendo una delle caratteristiche delle clausole generali proprio quella di sottrarsi a moduli operativi e al giudizio sussuntivo in senso logico formale stante il loro elevato margine

---

<sup>35</sup> Cass., Sez.Un., 2.11.1979, n. 1979; Cass.civ. Sez. Lav. del 6 febbraio 1988, n. 1299 ([www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)) secondo la quale nella disciplina della sospensione dal lavoro „l'atto di individuazione dei lavoratori da sospendere attiene al potere privato dell'imprenditore libero, originario e unilaterale... il potere di scelta dell'imprenditore è soggetto ai limiti interni imposti dal rapporto di coerenza fra le scelte della impresa e le finalità specifiche cui è preordinata la cassa integrazione guadagni; ai limiti esterni ossia il divieto di discriminazione... nonché al rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cc; Cass. civ. Sez. lavoro, 13 giugno 1987, n. 5226; Cass. civ., 10 aprile 1981, n. 2092 ([www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it))

<sup>36</sup> Bessone M., D'Angelo A., *Buona fede* (voce), in Enc.giur. Treccani, Roma, 1988; Romano S., *Buona fede (dir. priv.)*, (voce), in Enc. dir. V, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 677 e ss.

<sup>37</sup> Secondo Iannotta L., *Atti non autoritativi*, op.cit., pag. 79, valutazione e discrezionalità sarebbero connesse al carattere della prestazione dovuta consistente appunto nel compimento della scelta da effettuarsi alla stregua dei criteri precostituiti e del principio di correttezza di cui all'art. 1175 cc. quale fonte integrativa della disciplina del comportamento dovuto.

di genericità ed indeterminatezza<sup>38</sup>.

La dottrina<sup>39</sup> ha però dimostrato disponibilità verso l'impiego delle clausole generali individuando questi moduli operativi sia per integrare e arricchire il contenuto dei rapporti giuridici, specie contrattuali, al fine di adeguarli ad esigenze fondamentali prospettate dalla Costituzione (ad es. il dovere di solidarietà - art. 2 Cost.) sia per permettere al giudice, attraverso l'uso di poteri equitativi, un doveroso e più maturo apprezzamento delle circostanze del *caso concreto* laddove l'applicazione dello *ius strictum* darebbe risultati ingiusti o poco praticabili.

Il bisogno di tutela di fronte a tali poteri è quindi quello del loro controllo secondo parametri o standards forniti di adeguata oggettività: se risulta che il potere è stato esercitato nella totale

---

<sup>38</sup> Secondo Di Majo A., *Limiti ai poteri privati*, op.cit., pag. 346, quello del richiamo ai principi di buona fede e correttezza tuttavia è un richiamo che può definirsi abbastanza desueto nella nostra pratica del diritto. E' nota infatti la tradizionale diffidenza dei giudici verso l'impiego di clausole generali dato il loro elevato margine di genericità e di indeterminatezza. Ciò che si teme è la decisione politica e/o comunque la decisione difficilmente controllabile in base a parametri oggettivi. Tuttavia un grande riconoscimento giurisprudenziale della buona fede e correttezza come oggetto di un vero e proprio dovere giuridico si è avuto con la sentenza della Suprema Corte n. 89 del 5 gennaio 1966 (in *Foro pad. I*, 1996) la quale ha sostenuto che la buona fede intesa in senso etico come requisito della condotta, forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con proposito doloso di creare pregiudizio; ma anche quando il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede. Musio I., *Breve analisi comparata della buona fede*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), pag. 10

<sup>39</sup> Natoli U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1974; ID *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv.trim.Dir.Proc.Civ. 1958; Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969; Bianca C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv.Dir.Civ., Jovene, Napoli, 1983, pag. 205 e ss; Cattaneo G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., Giuffrè, Milano, 1971; cfr. anche Di Majo A., *La buona fede oltre il contratto*, Nota a Cass. Civ. 27.09.2001, n. 12093, in *Corriere Giuridico*, Ipsoa, Milano, 2002, pag. 328 e ss

inosservanza di siffatti parametri e cioè in modo arbitrario, la conseguenza non potrà che essere l'annullamento dell'atto con cui il potere si è esercitato o il risarcimento del danno prodotto laddove l'annullamento non fosse possibile<sup>40</sup>.

La tutela quindi ha ad oggetto non la lesioni di beni o utilità appartenenti al soggetto o l'inadempimento di obblighi puntuali ma il mancato rispetto di regole d'azione e comportamenti alla cui osservanza il soggetto (sottoposto) può avere interesse: si tratta di un rimedio di tutela - rappresentato da un potere di impugnativa dell'atto che si lamenta illegittimo - che ha per scopo di sollecitare una forma di controllo sull'uso del potere.

L'uso delle clausole generali di buona fede e correttezza è quindi raccordato al controllo di quei poteri dell'imprenditore o datore di lavoro forniti di un margine più o meno elevato di discrezionalità o di libero apprezzamento.

Le clausole generali non rappresentano però solo una possibile tecnica legislativa opposta a quella che legifera "per fattispecie a contenuto predeterminato" ma hanno anche la funzione di introdurre, nel mondo del diritto, criteri di valutazione extra-legislativi desunti ad esempio da prassi di comportamento propri di altri settori (ad es. il concetto di lealtà della concorrenza); e ancora di rendere immediatamente operanti nei rapporti privati, indicazioni e principi costituzionali così da renderli oggetto di pretese puntuali, fonte di responsabilità dei soggetti in caso di inosservanza<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit. pag. 374

<sup>41</sup> Di Majo A., *Limiti ai poteri privati*, op.cit. pag 347; cfr. anche Bigliazzi Geri L.,



Con il principio di buona fede è per esempio possibile esigere dall'imprenditore, nelle materie delle promozioni, il compimento delle operazioni necessarie alla valutazione dei requisiti dei promuovendi secondo i principi procedimentali precostituiti e in ogni caso alla stregua delle regole desumibili dal principio di correttezza o ancora quando si richiama - quale direttiva etico-sociale dell'ordinamento, il dovere di imparzialità che grava sulla pubblica amministrazione ma anche sull'imprenditore<sup>42</sup>.

In questi casi si adottano moduli operativi che ampliano e allargano in sostanza, il dovere dell'imprenditore a fare tutto ed esattamente quanto la comune valutazione sociale ritiene necessario a porre in essere il comportamento esigibile.

Il richiamo ai principi di buona fede e correttezza<sup>43</sup> dunque può essere appropriato ma nell'ottica che non è quella del rapporto (ossia di norme di relazione) né quella del rispetto di criteri precostituiti<sup>44</sup>.

Le clausole generali costituiscono uno strumento legislativo che permette all'ordinamento di evolversi e di adeguarsi alle esigenze della società attraverso una attività giurisprudenziale di autointegrazione di alcune lacune normative per loro natura

---

*Buona fede nel diritto civile*, in Digesto Discipline Privatistiche, Sez. Civ. Vol. III, Torino, 1988; Franzoni M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in Contratto e Impresa, Giuffrè, Milano, 1999; Rodotà S., in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano, 1987; Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali in Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano, 1987

<sup>42</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 5 aprile 2012, n. 5477; Cass. civ. Sez. lavoro, 26 maggio 2003, n. 8350; Cass. civ. Sez. lavoro, 4 marzo 2004, n. 4462 ([www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it))

<sup>43</sup> Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 27 settembre 2007, n. 20221 ([www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)); Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit. p. 380; ID, *Limiti ai poteri privati*, op.cit. pag. 349.

<sup>44</sup> Di Majo A., *Limiti ai poteri privati*, op.cit. pag. 350

strutturali<sup>45</sup>.

Grazie all'utilizzo di questi strumenti tecnico-concettuali, è possibile attuare un raccordo e/o un contemperamento tra norma positiva e valori etico-sociali: grazie alla natura elastica delle clausole generali tali valori ispirano direttamente determinati modelli giuridici preminentemente recepiti nel sistema normativo<sup>46</sup>.

Tra le clausole generali, la buona fede e la correttezza rivestono un ruolo peculiare in quanto rappresentano uno strumento concettuale e tecnico concepito dalla teoria e dalla prassi in maniera tale da attraversare tutto il campo degli istituti fondamentali del diritto.

Autorevole dottrina<sup>47</sup> ritiene che la buona fede in particolare, rappresenta uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova risponidenza nella idea di una morale sociale attiva e solidale che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume.

Essa non ha un significato prefissato ma è un principio di solidarietà contrattuale che si specifica in due aspetti fondamentali: quello della salvaguardia (attivarsi per tutelare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio) e quello della lealtà. La buona fede precisamente impone alle parti di comportarsi lealmente e di salvaguardare, nei limiti di un

---

<sup>45</sup> Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, op.cit., pag. 381 e ss.; ID, *Limiti ai poteri privati*, op.cit., pag. 351 e ss.

<sup>46</sup> Musio I., *Breve analisi comparata*, op.cit. pag. 11

<sup>47</sup> Bianca C.M., *La nozione di buona fede*, op.cit.; G. Cattaneo, *Buona fede obiettiva*, op.cit.; Di Majo A., *La buona fede oltre il contratto*, op.cit.; vedi anche Alpa G., *La responsabilità civile. I principi*, Utet Giuridica, Torino, 2010

sacrificio ragionevole, l'utilità dell'altra parte<sup>48</sup>.

In particolare, la buona fede opera secondo criteri di reciprocità e va letta alla luce dei valori costituzionali: *essa rappresenta una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) che impone alle parti da un lato "un dovere di tipo negativo consistente dall'astenersi da ogni comportamento che possa aggravare ingiustificatamente la controparte; e dall'altro doveri di tipo positivo che si concretizzano nel dovere di preservare gli interessi della controparte anche a prescindere da puntuali previsioni contrattuali"* (si parla, in tal senso, di *operosa collaborazione tra le parti nei limiti in cui ciò non comporti un eccessivo sacrificio dei propri interessi*)<sup>49</sup>.

Il ricorso alle clausole di buona fede e correttezza affonda le sue radici in un tempo lontano<sup>50</sup>. Le clausole erano applicate infatti

---

<sup>48</sup> cfr. Gallo P., *Contratto e buona fede*, Utet Giuridica, Torino, 2009; Barcellona M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006; Uda M.G., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>49</sup> Musio I., *Breve analisi comparata sulla clausola della buona fede*, op cit.

<sup>50</sup> Per una esaustiva analisi dell'exkursus storico delle clausole generali ed in particolare della buona fede si veda Meruzzi G., *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 2005; Senn P.D., *Buona fede nel diritto romano*, in Digesto, disc. priv. sez.civ. Torino, 1988; Talamanca M., *La bona fides nei giuristi romani "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso 14, 15, 16 giugno 2001), a cura di Garofalo L., Cedam, Padova, 2003, Vol. IV. La buona fede ebbe una importanza sostanziale nel diritto romano dove era già presente la differenziazione tra buona fede in senso soggettivo (richiesta ad es. quale requisito dell'usucapione) e la buona fede in senso oggettivo che esprimeva l'idea etica della correttezza che l'uomo onesto osserva nei rapporti con gli altri consociati pur se di tale concetto non vi è definizione nelle fonti. In particolare nei iudicia bonae fidei il giudice era chiamato a condannare il convenuto a fare o dare tutto ciò che era dovuto secondo buona fede (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*). In tal modo la buona fede assurge a principio di giustizia sostanziale e, al di là del processo, a precetto dell'agire umano. cfr. Grosso G., *Buona fede (Dir. rom.)*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1959.

già nell'antica Roma<sup>51</sup> e interessano oggi tutti i rami del diritto del nostro ordinamento giuridico: riferimenti sono rinvenibili nella stessa Costituzione<sup>52</sup>, nel diritto civile, in quello amministrativo e nel diritto del lavoro dove, in particolare, incidono sulla corretta instaurazione e sullo svolgimento di rapporti di lavoro interpretati.

---

<sup>51</sup> La *bona fides* nasce con il diritto romano che sostanzialmente ne ha riconosciuto due ambiti applicativi: da un lato quello dei diritti reali in cui essa è definita come buona fede soggettiva, ovvero lo stato psicologico del soggetto, la sua convinzione di non violare alcun diritto; dall'altro quello dei contratti in cui essa diventa buona fede oggettiva ovvero l'obbligo di comportamento per i contraenti ulteriore rispetto all'obbligo di adempimento secondo standard generali di correttezza e lealtà. La buona fede in senso oggettivo nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium* con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei* ossia giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione e in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile. Tali giudizi modificavano profondamente il diritto romano dei contratti introducendo una tutela superiore che teneva conto di esigenze socialmente riconosciute (valori etici e sociali) attraverso l'introduzione di regole di correttezza che per la prima volta godevano di difesa processuale, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Successivamente alla comparsa della *bona fides*, e fino al VI secolo D.C. l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre più soprattutto grazie alla introduzione della differenza tra obblighi di adempimento e obblighi di comportamento delle parti: da regola di mero rispetto della parola data, la *bona fides* diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio assumendo la veste di fonte autonoma della obbligazione distinta dal vecchio *ius civile*. Nell'età medievale poi essa acquistò nuovo vigore e venne riconosciuta giuridicamente durante il periodo del c.d. "diritto intermedio" assumendo un ruolo più complesso; essa descriveva in sé tre tipologie di condotta: obbligo delle parti di tenere fede alla parola data; divieto delle parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali; dovere delle parti di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale.

Un nuovo impulso alla formulazione e all'ampliamento del concetto di buona fede è rilevabile nell'età della codificazione (fine XIX inizio XX secolo) come testimonia soprattutto l'interesse di giusnaturalisti quali Rosmini, Domat, Pothier i quali consideravano la buona fede come il punto fondamentale della disciplina dei contratti onerosi.

Nelle codificazioni dei vari ordinamenti contemporanei di *civil law* il concetto di buona fede trova sempre spazio anche se non ne viene mai descritto esplicitamente il contenuto proprio in coerenza con la natura elastica ed evolutiva delle clausole generali; al contrario nei sistemi di *common law* i medesimi risultati vengono raggiunti attraverso formulazioni implicite ed indirette, concettualmente diverse dalla buona fede. Musio I., *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, op.cit., pag. 11 e ss.

<sup>52</sup> cfr. Pedrini F., *Clausole generali e Costituzione*, op. cit., pag. 280 e ss.

Basti pensare agli artt. 1337 c.c. relativo alla responsabilità precontrattuale (*Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede*) e 1338 c.c. relativo alla *culpa in contrahendo* (*La parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato senza sua colpa, nella validità del contratto*).

Il primo stabilisce l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e lealtà (buona fede in senso oggettivo<sup>53</sup>) nello svolgimento delle trattative volte alla conclusione di un contratto (responsabilità precontrattuale generica).

Il secondo impone a ciascuna delle parti di comunicare all'altra l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (responsabilità precontrattuale specifica).

Le clausole generali di buona fede e correttezza a loro volta si radicano nei principi di equità, parità di trattamento, divieto di discriminazione, di giustizia sostanziale che devono contraddistinguere i normali rapporti giuridici che si instaurano nell'ambito del lavoro: principi che sono divenuti sempre più

---

<sup>53</sup> Mentre per buona fede "soggettiva" si intende lo stato psicologico di un soggetto ovvero la sua percezione della realtà, che si atteggia di volta in volta: come erronea convinzione di agire in conformità del diritto, come ignoranza di ledere un diritto altrui, come affidamento in una situazione apparente ma difforme dalla effettiva realtà giuridica; la buona fede intesa in senso "oggettivo" è invece riconducibile ad una esperienza generalizzata di un fatto o di un comportamento considerato in sé e per sé, assumendo la natura di una obiettiva regola di condotta. Musio I., *Breve analisi comparata*, op.cit. pag. 5; essa si concretizza in un generale dovere di correttezza e reciproca lealtà di condotta nei rapporti tra soggetti che impone cioè di considerare interessi che non sono oggetto di una tutela specifica e impone la lealtà del comportamento nella esecuzione della prestazione

incisivi per l'apporto delle norme dell'ordinamento comunitario. La lettura sulle clausole generali di buona fede e correttezza è sterminata non solo nell'esperienza italiana ma anche in quella di altri ordinamenti (specialmente tedesco e francese). In ciascun ordinamento però si esprimono le medesime preoccupazioni relative alla discrezionalità dell'interprete nella applicazione di queste clausole attesa la loro genericità ed indeterminatezza; al contempo però queste clausole hanno finito per assumere un ruolo tanto importante da considerarsi essenziali sia per adattare l'intero ordinamento alle nuove esigenze economico-sociali di cui il legislatore non può tempestivamente tener conto, sia per adattare la regola al caso concreto.

Si discute tuttavia sulle modalità di applicazione di questa clausola: se cioè si debba far rinvio a standards di comportamento o ai valori sui quali l'ordinamento si fonda (e appunto per questo gli rimangono estranei) o infine se debba essere riempita tenendo conto dei valori esplicitati da altre regole dell'ordinamento positivo<sup>54</sup>.

In particolare, in dottrina contrastanti sono le opinioni circa la funzione svolta dalla clausola generale di buona fede. Da un lato vi sono coloro<sup>55</sup> che attribuiscono alla buona fede la funzione "debole" di criterio di valutazione del comportamento di un soggetto senza fare riferimento a principi e modelli di comportamento prefissati bensì rifacendosi a quello che è

---

<sup>54</sup> Alpa G., *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede, diritto giurisprudenziale*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com)

<sup>55</sup> Natoli U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio I*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (a cura di Cicu A.- Messineo F.), XVI, Giuffrè, Milano, 1974

"l'apprezzamento della giuridicità di un comportamento in concreto".

Secondo tale impostazione il criterio della buona fede opera solo in una fase successiva, *ex post*, dal momento che solo le circostanze di fatto che di volta in volta si costruiscono, offrono forme concrete e valutabili secondo la loro corrispondenza alla buona fede dei soggetti. Sarà quindi compito del giudice effettuare una valutazione del comportamento del soggetto rispetto al caso concreto.

Altra parte della dottrina<sup>56</sup> ha affermato la valenza della buona fede quale fonte autonoma di diritti e obblighi attribuendo alla clausola di buona fede funzione "forte" di regola di condotta, dal momento che il giudice, per individuare un criterio di valutazione di un comportamento, dovrebbe fare riferimento alla esistenza di specifiche regole di condotta necessariamente riferite *ex ante*<sup>57</sup>.

Vi è infine una terza impostazione dottrinale<sup>58</sup> che attribuisce alla buona fede il compito di consentire ai giudici la valutazione di un comportamento del soggetto *rispetto al caso concreto* pur in assenza di regole specifiche di condotta ma comunque alla luce di principi e regole generali rilevanti in quel contesto

Qualunque sia la funzione da attribuirle e le sue modalità di applicazione, la presenza della buona fede e in generale delle

---

<sup>56</sup> Loi M.L., Tessitore F., *Buona fede e responsabilità pre-contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975

<sup>57</sup> Questa impostazione è stata criticata da tutti coloro che attribuiscono alla buona fede la peculiarità di concetto giuridico che si modella e si adegua alle singole situazioni e di conseguenza è di volta in volta suscettibile di nuove e mutevoli applicazioni grazie alla assenza di rigidi vincoli

<sup>58</sup> Bianca C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv.dir.civ., I, Jovene, Napoli, 1983

clausole generali alla base dei rapporti di lavoro consente sempre di andare al di là di una mera verifica (controllo) formale dei comportamenti e delle scelte aziendali e quindi di addentrarsi (quasi) nel merito di queste e dunque delle scelte di esercizio dei poteri imprenditoriali (datoriali) (ad es. trasferimento, licenziamenti, promozioni, premialità)<sup>59</sup>.

*Le clausole generali infatti assumono un duplice ruolo sistematico: sul versante dei rapporti fra le imprese, danno concretezza all'etica degli affari; sul versante dei conflitti sociali presuppongono l'esigenza di evitare la legittimazione assoluta della disparità di potere contrattuale*<sup>60</sup>

Vero è che il sindacato del giudice sul comportamento datoriale va effettuato alla luce del criterio di ragionevolezza e in modo da salvaguardare il potere imprenditoriale. Tuttavia quest'ultimo non dovrà svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana .

Compito del giudice quindi è di verificare che non vi sia stato abuso del diritto di libertà di iniziativa economica privata dell'imprenditore; in caso contrario ciò non può non giustificare il suo intervento integrativo e il suo potere correttivo e demolitorio. Si pensi ad esempio a tutte le controversie che attengono agli

---

<sup>59</sup> cfr. sul punto Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Lavoro, competitività e welfare, dal D.L. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Tomo II, Utet giuridica, Torino, 2009; ID, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in *Il contenzioso del lavoro nella legge 4. Novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, (a cura di Cinelli G.- Ferraro G.), Giappichelli, Torino, 2011

<sup>60</sup> Breccia U., *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro* (a cura di Mazzotta O.), Giappichelli, Torino, 2008, pag. 18



infortuni sul lavoro: è ben difficile che il giudice possa astenersi dal valutare le scelte dell'imprenditore in tema di organizzazione del lavoro, acquisto e impiego dei macchinari, struttura e manutenzione dei luoghi di lavoro

Si pensi ancora alle clausole generali della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento, concetti indeterminati che a loro volta rinviano ad altri concetti aperti quali la fiducia, l'*intuitus personae*, la produzione, l'organizzazione, l'iniziativa economica. In esse l'indeterminatezza (a differenza di altre nozioni giuridiche a contenuto variabile - standard, direttive, norme generali ecc.) ha carattere intenzionale e risponde alla volontà del legislatore di sospendere il giudizio rinviandone la soluzione ad una diversa autorità. Ne viene fuori un quadro nel quale il giudice deve farsi interprete di regole non scritte ma ugualmente rilevanti nell'ambiente sociale di riferimento combinando la giustizia sostanziale e quella formale *con esigenze di uniformità che assicurino una certa prevedibilità delle decisioni, in una parola la certezza del diritto, con l'avvertenza che deve ovviamente trattarsi di una uniformità nello spazio (intesa quale contestualità) non nel tempo perchè altrimenti non vi sarebbe evoluzione dell'ordinamento*<sup>61</sup>.

Ed infatti ciò che contraddistingue i concetti giuridici indeterminati e/o le clausole generali vere e proprie è *di voler dominare il tempo rinviando la soluzione del conflitto ad una diversa autorità che ha il potere di applicare anche regole*

---

<sup>61</sup> Mazzotta O., *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro* (a cura di), Giappichelli, Torino, 2008

(relativamente) innovative<sup>62</sup>.

**3. Le clausole generali nei vari rami del diritto: I) nel Diritto Romano; II) nel diritto civile e costituzionale. Prime riflessioni sulle clausole generali nel Diritto del Lavoro; III) nel Diritto Amministrativo.**

**I) Le clausole generali nel Diritto Romano**

Il ricorso alle clausole generali di buona fede e correttezza risale a tempi molto lontani. Erano applicate infatti nel diritto già nell'antica Roma<sup>63</sup>.

*L'origine della nozione di buona fede tuttavia è ancora oggi avvolta nel mistero; questa nozione tipicamente giuridica...non la si incontra nei testi letterali ... è l'erede di un concetto più vasto e più antico ma meno preciso, quello della fides che sembra designare due situazioni assai diverse: rispetto dell'impegno preso (constantia et veritas)...e protezione del più debole. Il primo caso presuppone un rapporto di uguaglianza ed una promessa che definisce il contenuto dell'impegno; mentre la seconda implica l'ineguaglianza delle parti e la inferiorità di*

---

<sup>62</sup> Mazzotta O., *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, op.cit., pag. 3

<sup>63</sup> La più antica azione di buona fede risale al III secolo a.C.: essa tutelava in particolare il pactum fiduciae. In seguito ne vennero introdotte via via altre: per l'emptio-venditio durante il II secolo a.C., per la locatio-conductio, per la negotiorum gestio, per il mandatum subito dopo; e infine, ancora in epoca repubblicana, per il comodato, il deposito e il pegno.

*una di esse*<sup>64</sup>.

La *fides* ha svolto un ruolo dominante nell'antichità e in modo speciale nell'antica Roma; essa era attivamente operante e dominante nei rapporti internazionali (sia tra Stati sia nei confronti di cittadini di Stati diversi) come pure era profondamente radicata nei rapporti privati<sup>65</sup>.

Essa, come gli istituti e le idee motrici dell'epoca originaria, era permeata di un elemento religioso<sup>66</sup>. Il fondamento della *iustitiae fides* risiedeva nella fedeltà (intesa come costanza e verità) a quanto si era detto e convenuto, a tutto ciò che corrispondentemente altri si attendevano (*fundamentum autem est iustitiae fides, idest dictorum conventorumque constantia et veritas*).

La buona fede, la *fides del bonus vir* quale concetto puramente giuridico deriva da questa nozione e iniziò ad essere utilizzato dai giuristi come strumento per elaborare alcuni istituti del diritto

---

<sup>64</sup> Senn P.D., *Buona fede nel diritto romano*, in Digesto Disc.Priv.Sez.Civ., Torino, 1988, pag. 129 e ss

<sup>65</sup> Grosso G., *Buona fede. Premesse romanistiche*, in Enc. Dir., V, Giuffrè, Milano, 1969, pag. 661 e ss

<sup>66</sup> Essa era divinizzata e se ne faceva risalire il culto alla dea Numa a cui è dedicato un tempio sul Campidoglio. E' il venerabile *fidei numen che dexteram suam, certissimum salutis humane pignus ostentat* (il nume della fede venerabile che mostra la sua destra come pegno sicuro della salvezza umana). La *fides* aveva la sua sede consacrata nella mano destra e stringendo le destre si attuava il c.d. *fidem obstringere*. Il carattere religioso della procedura di foedus - la garanzia bilaterale consistente nel giuramento di esecrazione - pronunciata da ciascuna parte invocando i propri dei, dimostrava che il fondamento dei vincoli internazionali era la convinzione che le due comunità nazionali potevano reciprocamente obbligarsi mediante il comune riconoscimento del vincolo che ciascuna di esse assumeva di fronte ai propri dei. I trattati stipulati tra i popoli (*pacta humana*) presupponevano tra i medesimi una *societas naturalis* retta dallo *ius humanum*. Nel riferimento alla *manus* era insita, nell'instaurazione di un rapporto, una discrezionalità e insieme, nell'atto dello stringere le mani, un vincolo a questa discrezionalità. Di Martino F., *Storia della Costituzione Romana*, II, Jovene, Napoli, 1973; cfr. Grosso G., *Buona fede*, op.cit., pag. 662 e ss

privato nel campo dei contratti e dei rapporti reali<sup>67</sup>. Ad essa furono improntati istituti tanto dello *ius gentium*<sup>68</sup> quanto del diritto proprio del popolo romano (*ius civile*).

La nozione di buona fede iniziò a manifestarsi soprattutto nei *iudicia* e segnatamente nei *bonae fidei iudicia* (c.d. azioni di buona fede). Si trattava di una particolare categoria di azioni della procedura formulare che si contrappone a quella delle azioni di stretto diritto (*stricta iudicia*)<sup>69</sup>.

Esse contenevano nell'*intentio* le parole *ex fide bona* le quali stavano a significare che il giudice aveva un ampio margine di valutazione. La formula di queste azioni si caratterizzava per una particolare struttura: *intentio, demonstratio e condemnatio* (oggetto del giudizio).

Ciò comportava una divisione in due parti del rapporto invocato dall'attore: da una parte la fonte del rapporto enunciata nella *demonstratio* quale oggetto del giudizio; dall'altra la *intentio* che enuncia il rapporto giuridico invocato dall'attore in proprio favore e i doveri del convenuto (ossia tutto ciò che in forza dell'affare menzionato nella "demonstratio" il convenuto era

---

<sup>67</sup> Senn P.S., *Buona fede*, op. cit., pag. 131 e ss

<sup>68</sup> Lo *ius gentium* emerse per la prima volta intorno alla metà del III Secolo in riferimento ai rapporti intercorrenti non solo tra comunità statali ma anche tra i privati all'interno di un processo teso a creare mezzi adeguati alla contrattazione tra romani e altri popoli. Mentre lo *ius civile* è il diritto che ogni popolo dà a se stesso, il diritto proprio della *civitas*; lo *ius gentium* è il diritto custodito presso tutti i popoli, il diritto di cui si avvalgono tutte le genti ossia il diritto comune a tutti gli uomini. Ruiz V.A., *Istituzioni di diritto romano*, VIII, Jovene, Napoli, 1946

<sup>69</sup> Palma A., *Violazione del criterio di buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Trieste, 14-16 giugno, a cura di L. Garofalo, Vol III, Cedam, Padova, 2003

tenuto a fare secondo le regole della buona fede)<sup>70</sup>.

La buona fede dunque non era fonte di obbligazioni ma un insieme di regole giuridiche che riguardava il regime delle obbligazioni<sup>71</sup>. Era dal fatto menzionato nella *demonstratio* che derivava l'obbligazione ma la sua origine e il suo contenuto erano regolati dal principio di buona fede presente nell'*intentio*. Ed è nel contesto di questi processi che i poteri del giudice si ampliano; egli ha il compito di stabilire ciò che il convenuto deve all'attore a seconda del risultato del processo, un debito che cioè va determinato applicando le regole che derivano dalla buona fede in relazione al caso particolare<sup>72</sup>.

Le azioni di buona fede sono apparse in un momento cardine della storia del diritto romano; un'epoca cioè nella quale la procedura delle *legis actiones* si era rivelata insufficiente alla tutela di tutte le situazioni giuridiche e progressivamente era stata soppiantata dalla procedura formulare che ben si adattava alla nascita dei rapporti caratterizzanti da uno scambio obbligatorio.

In precedenza, il diritto romano conosceva unicamente lo scambio reale di cui la *mancipatio* è il prototipo; la *stipulatio* d'altra parte non produceva che obbligazioni unilaterali. Lo scambio obbligatorio non poteva dunque essere ricondotto

---

<sup>70</sup> Senn P.D., *Buona fede*, op.cit., pag. 131

<sup>71</sup> Senn P.D., *Buona fede*, op.cit., pag. 133

<sup>72</sup> Scriveva Senn P.D., *Buona fede*, op.cit., pag. 132, che il contenuto e gli effetti del contratto stesso non dipendevano soltanto dalla dichiarazione delle parti ma anche dalla natura dell'affare nel suo insieme; inoltre non era sufficiente tener conto solo del contratto in se stesso; infatti i doveri del convenuto al momento della sentenza dipendevano anche dal comportamento delle parti successivo alla conclusione del contratto e durante il processo in quanto la fonte genera obbligazioni reciproche e interdipendenti.

all'uno o all'altro modello esistente per via puramente interpretativa ma era necessario creare una nuova categoria giuridica che fu appunto quella delle azioni di buona fede.

Si trattava di azioni che a differenza delle *legis actiones* avevano il vantaggio di poter riguardare un oggetto *incertum* permettendo quindi di prendere in considerazione non solo obbligazioni aventi ad oggetto somme di danaro o cose determinate ma in generale qualsiasi obbligazione a fornire cose o servizi tenendo insieme conto delle modalità che la buona fede richiedeva nell'esecuzione di queste prestazioni (conoscenza e osservanza delle regole tecniche, diligenza professionale, rispetto dei patti speciali stipulati dalle parti).

La menzione della buona fede nell'*intentio* permetteva anche di cogliere giuridicamente il carattere bilaterale del rapporto obbligatorio in causa. Essa permetteva dunque di tener conto, per la prima volta, anche della interdipendenza delle obbligazioni delle parti. In questo contesto il regime della buona fede ha generato quello dei contratti consensuali.

E' proprio nell'ambito dei *iudicia bona fidei* che viene originariamente in considerazione l'eventuale comportamento doloso dell'attore, al fine di far dichiarare, adottando una soluzione in contrasto con quella che sarebbe dovuta scaturire dalle regole dello stretto *ius civile*, assolto il convenuto in ragione della riscontrata causa di invalidità del negozio.

Ed infatti, il giudice chiamato a giudicare la portata esatta dell'obbligo del convenuto adoperando il criterio della buona

fede, poteva dichiarare nulla l'obbligazione una volta che avesse riscontrato il dolo dell'attore senza applicare le rigide regole dello ius civile<sup>73</sup>.

Il pretore elaborò dunque, una vera e propria eccezione di dolo diretta a paralizzare gli effetti di una obbligazione formalmente valida in base allo ius civile.

La formulazione della c.d. *exceptio doli* si caratterizzava per la sua ampiezza (*se in ea re dolo malo Auli Agerii factum est neque fiat*) tale da permettere di valutare comportamenti non solo precedenti al giudizio ma anche concomitanti alla azione sotto il profilo della contrarietà alla buona fede. Il *dolus praesens* era dell'*actio* e dunque dell'esercizio del diritto soggettivo inteso come *facultas agendi*.<sup>74</sup>

Si giunse così alla elaborazione dell'*exceptio doli generalis seu praesentis*<sup>75</sup>: nel *dolus praesens* riferito al momento in cui veniva intentata l'azione nel processo fu ricompreso ogni elemento e

---

<sup>73</sup> Palma A., *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno*, op. cit. pag. 27 e ss

<sup>74</sup> A tal proposito va evidenziato il concetto di dolo. Esso va innanzitutto inteso come previa intenzione di ledere altri, non soltanto cioè la volontà di compiere l'atto ma anche la coscienza che l'atto stesso è lesivo dell'altrui diritto. Del dolo si risponde sempre e il *factum ne dolus praestetur è contra legem* e si considera quindi come non apposto. Il dolo è ogni comportamento diretto ad indurre o a mantenere altri in errore affinché compia una manifestazione che, se fosse a conoscenza del vero stato dei fatti, non compirebbe o compirebbe a diverse condizioni. Per questa via la nozione di dolo si è estesa fuori del campo dei negozi giuridici e ha assunto i tratti del dolo c.d. oggettivo e l'*actio* e l'*exceptio doli* furono esperiti al di fuori del loro primitivo campo di applicazione cioè al di fuori di quei casi in cui vi fosse raggirio nella conclusione del negozio giuridico per ricomprensivi fattispecie in cui il comportamento malizioso di uno dei soggetti, in qualsiasi momento successivo, avesse determinato un torto non perseguibile per altra via. Luzzatto G.I., *Dolo in diritto romano*, in Enc.dir., Vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1974, pag. 712 e ss

<sup>75</sup> Esso si riferisce al dolo attuale commesso cioè nel momento in cui viene intentata l'azione e che si differenzia dall'*exceptio doli generalis seu praeteriti* che ha riguardo solo al tempo della conclusione del negozio

circostanza anche sopravvenuta, in virtù della quale intraprendere una azione processuale a tutela di una propria pretesa che risultasse contraria alla buona fede.

Con l'*exceptio doli generalis seu presentis* il pretore ebbe a disposizione un mezzo processuale efficacissimo per correggere ed adeguare lo ius civile, assicurando riconoscimento e tutela a interessi, rapporti, convenzioni, disposizioni di ultima volontà e in generale a tutte quelle situazioni che apparivano irrilevanti o addirittura contrarie allo ius civile <sup>76</sup>.

L'*exceptio doli* era concessa sulla base della *naturalis aequitas*, della esistenza di qualsiasi circostanza, anche sopravvenuta, che faceva apparire (oggettivamente) contrario alla buona fede l'interesse dell'attore al riconoscimento della fondatezza della sua pretesa <sup>77</sup>.

In dottrina <sup>78</sup> si è evidenziata la possibilità di *trovare una somiglianza funzionale tra la clausola moderna della buona fede e quella dei giuristi romani nel diritto dei contratti. L'essenza di questa somiglianza sta nel fatto che (essa)...serve in entrambe i casi, per aumentare il campo della libertà nella valutazione dei casi concreti*. Ed infatti, al concetto di buona fede come motivazione del dovere di adempimento di un contratto, si affianca nel I secolo d.c. un concetto di buona fede che comporta

---

<sup>76</sup> Palma A., *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno*, op. cit., pag. 33.

<sup>77</sup> Burdese A., *Exceptio Doli (Diritto romano)*, NNDI, VI, Torino, 1960, pag. 1702 e ss

<sup>78</sup> Dajczak W., *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Cedam, Padova, 2003, vol III, pag. 409 e ss



la necessità di andare ad indagare l'effettiva volontà delle parti o anche della parte, al di là della formulazione letterale dell'atto<sup>79</sup>.

Nella medesima direzione fu utilizzata l'*actio doli* esercitata successivamente all'esecuzione della prestazione da parte del debitore in una serie di ipotesi relative a comportamenti sostanzialmente iniqui non rientranti però in nessuna fattispecie di illecito e dunque per la tutela dei quali mancavano strumenti processuali.

Exceptio doli e actio doli concorrono dunque alla reintegrazione, al ripristino (anche per risarcimento) e alla restituzione della situazione lesa da comportamenti difformi dalla buona fede. E' infatti la valutazione improntata a buona fede che permetteva di valutare se il comportamento rientrava nell'ambito dello ius di cui si era titolari, alla luce del principio *nellus videatur dolo facere qui iure suo utitur* (non agisce con dolo chi esercita un suo diritto).

La buona fede era quindi considerata quale criterio per determinare l'esatta portata dei diritti nei rapporti contrattuali<sup>80</sup> e la decisione ispirata alla bona fides portava al raggiungimento pratico voluto dalle parti o meglio ad una valutazione conforme al risultato pratico perseguito dalle parti.

Come ha evidenziato parte della dottrina, con la bona fides iniziò

---

<sup>79</sup> Palma A., *Benignior interpretatio (Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi)*, Giappichelli, Torino, 1997

<sup>80</sup> Trisciunglio A., *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano*, in "Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea". Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, IV, Cedam, Padova, 2003, pag. 313 e ss.

ad esserci una attenzione più penetrante alla “voluntas” nel senso che si cercava di stabilire, al di là di quanto esplicitato nell’accordo, che cosa in realtà si era voluto o meglio quello che si sarebbe potuto volere; con il riferimento al *quod sit cogitatum* si supera la lettera del contratto (e del negozio unilaterale) per indagare l’effettiva volontà delle parti (o della parte) e si presta particolare attenzione all’uomo vale a dire al singolo agente che ha diritto ad essere tutelato nelle sue aspettative in base ad un criterio di normalità di previsione e che diversamente non sarebbe stato tutelato ma al contrario schiacciato dal diritto<sup>81</sup>.

Ed è a tale centralità dell’uomo che viene ricondotto il superamento del dato solo letterale e l’essenzialità in ogni contratto della *conventio* tanto che *nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habet conventionem* (non c’è nessun contratto, nessuna obbligazione che non ha in sé l’accordo)<sup>82</sup>.

Ed infatti, al concetto di bona fides come motivazione del dovere di adempiere di un contratto si affianca nel I Secolo d.c. un concetto di buona fede che porta al superamento della lettera del contratto se contraria all’intenzione delle parti o anche della parte, al di là della formulazione letterale dell’atto.

Nel secondo II d.c. poi la buona fede comincia a servire per

---

<sup>81</sup> Tafaro S., *Buona fede ed equilibri degli interessi nei contratti*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Vol. III, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, IV, Cedam, Padova, 2003. Tale esigenza trova riscontro nell’art. 1362 c.c. che stabilisce che *nell’interpretazione del contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole*

<sup>82</sup> Tafaro S., *Buona fede ed equilibri degli interessi nei contratti*, op.cit., pag. 557

descrivere la diligenza richiesta in un contratto e anche per giustificare il legame tra la validità del contratto e il valore accettato dal diritto; per poi, nell'età tardo classica, indicare la condotta basata sulla convinzione che non si violano i diritti di altre persone<sup>83</sup>.

Comuni a tutte le soluzioni dei giuristi che richiamano la buona fede sono tre regole fondamentali: 1) trattare favorevolmente i contraenti che si comportano in modo onesto e censurano quelli che agiscono con dolo; 2) invocare la buona fede per eliminare i danni della parte; 3) usare la buona fede per realizzare il postulato *suum cuique tribuere*.

La maggior parte delle decisioni in cui è invocata la bona fides nella pratica contrattuale serve inoltre a richiamare la difesa di tre valori, i c.d. *praecepta iuris*, dei quali si riscontra l'attuale vigenza sia nel diritto nazionale che in quello europeo: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, senza escludere il precetto *pacta sunt servanda*.

La clausola generale della buona fede chiama quindi in causa il ruolo e la responsabilità dei magistrati che devono applicarla evidenziando la necessità del *magnus iudex*; giudici che sappiano andare anche, ove necessario, al di là della norma per assicurare la giustizia, il rispetto dei diritti, la lealtà nel caso concreto<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Dajczak W., *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede*, op.cit. pag. 409 e ss

<sup>84</sup> Cfr. Burdese A., *Il concetto di giustizia nel diritto romano*, in *Annali di Storia del Diritto*, Anno XIV-XVII, 1970/1973, pag. 107 e ss

## **II) Le clausole generali nel Diritto civile e nel diritto costituzionale<sup>85</sup>. Primi cenni alle clausole generali nel diritto del lavoro**

La buona fede ha trovato spazio nel codice civile italiano del 1942, in vari articoli concernenti prevalentemente la materia contrattuale, anche sub specie di correttezza che si ritiene esprima – pur con diversa terminologia – il medesimo concetto<sup>86</sup>.

In particolare alla buona fede fanno riferimento gli artt.: **1337** relativo al comportamento dei potenziali contraenti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto; **1358** concernente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte in pendenza della condizione apposta al contratto; **1366** per il quale il contratto deve essere interpretato secondo buona fede; **1375** per il quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede; **1460**, 2° comma, relativo alla illegittimità del rifiuto di esecuzione della prestazione opposto da un contraente all'altro pur inadempiente, se il rifiuto è contrario alla buona fede.

Alla correttezza invece fanno riferimento, con previsione di carattere generale, l'art. **1175** per il quale il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza; e con previsione relativa al campo della concorrenza, l'art. **2598 n. 3**,

---

<sup>85</sup> Per una esaustiva disamina dei rapporti tra clausole generali e Costituzione v. Pedrini F., *Clausole generali e Costituzione*, op. cit., pag. 285 e ss..

<sup>86</sup> Bigliazzi Geri L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, Sez. civile, vol. II, Torino, 1988 pag. 154 e ss. spec. pag.170

che considera sleali gli atti di concorrenza non conformi ai principi di correttezza professionale.

Le norme citate riguardano, secondo autorevole dottrina<sup>87</sup>, la buona fede c.d. oggettiva e cioè il comportamento (secondo buona fede) che obiettivamente ci si attende da un soggetto in una determinata situazione. Buona fede oggettiva, distinta cioè dalla c.d. buona fede soggettiva caratterizzata dalla convinzione di non ledere un diritto altrui. Le norme in esame pertanto fanno riferimento ad un criterio oggettivo di valutazione di un fatto e/o di un comportamento.

In aggiunta agli articoli del codice già indicati dalla dottrina citata va segnalato anche l'art. **1362** che, nel sancire la necessità, nell'interpretare il contratto, di indagare quale sia stata la comune volontà delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole, recepisce un'esigenza che, come si è visto, risale al diritto romano che, anche in riferimento alla buona fede, aveva avvertito la necessità di superare il dato meramente letterale contenuto nel contratto per ricercare l'*intentio* delle parti e la conseguente *conventio*. La buona fede si presenta quindi nel codice civile come regola comportamentale alla quale devono attenersi le parti del contratto come, più in generale, i soggetti di qualsiasi rapporto obbligatorio<sup>88</sup>.

Ma alla originaria limitazione dell'operatività del principio di

---

<sup>87</sup> Bigliazzi Geri L., *Buona fede nel diritto civile*, op. cit., pag. 169; Bianca M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv.Dir.Civ., Jovene, Napoli, 1983 pag. 205 e ss.

<sup>88</sup> Bianca M., *La nozione di buona fede...*, op. cit. pag. 206 e ss.; cfr. anche Bianca M. *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*, in Foro Italiano, Giuffrè, Milano 1965, I

buona fede alla materia dei contratti, stante l'espressa previsione del criterio in quelle norme, si è venuta sostituendo nel tempo il riconoscimento di una portata più generale del principio che, proiettato in una dimensione sociale, diviene regola generale cui i rapporti intersoggettivi devono ispirarsi.<sup>89</sup>

La considerazione della buona fede come canone generale rilevante nell'ambito delle relazioni intersubiettive, al quale debbono ispirarsi tutti i soggetti dell'ordinamento ha fatto sì che il divieto di tenere un comportamento sleale a danno di altri sia divenuto criterio di valutazione di qualsiasi comportamento, consentendo il riconoscimento di rilevanza giuridica di situazioni soggettive che altrimenti sarebbero rimaste prive di tutela.

E così ad esempio si è esteso il canone della buona fede ai rapporti tra curatore fallimentare e banca; e si è visto nella buona fede lo strumento per la individuazione di situazioni tutelabili, i cc.dd. interessi legittimi in diritto privato<sup>90</sup>.

*Grazie alla buona fede interessi a lungo giudicati insignificanti perchè destinati a scontrarsi con (e a soccombere di fronte a) poteri totalmente liberi (arbitrari) parrebbero acquistare un proprio peso giuridico sì da costituire limiti allo strapotere altrui*<sup>91</sup>.

Il valore di clausola generale del precetto della buona fede porta la dottrina e la giurisprudenza a enucleare il contenuto del

---

<sup>89</sup> Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Atti del convegno Università di Pisa 14 e 15 giugno 1985, Giuffrè, Milano, 1987

<sup>90</sup> cfr. sul punto Bigliazzi Geri L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967

<sup>91</sup> Bigliazzi Geri L., *Buona fede nel diritto civile*, op. cit., pag. 175

contratto anche da circostanze esterne al contratto stesso e alla normativa strettamente civilistica<sup>92</sup>.

E ciò sul presupposto che di fronte alla *crescente esigenza di giustizia avvertita dalla nostra società .... cede anche il dogma della certezza del diritto; e non perchè non si vuole certezza del diritto ma perchè non si vuole una certezza formalistica e farisaica, che diventa strumento di abuso e di approfittamento ma piuttosto si vuole la certezza di rapporti giuridici giusti*<sup>93</sup>.

La considerazione dei più vasti ambiti nei quali vengono applicati nel diritto civile, i precetti della correttezza e della buona fede rende manifesto un significativo mutamento di prospettiva<sup>94</sup>. Il canone della buona fede viene infatti sempre più spesso inteso come espressione del principio di solidarietà e cioè di un principio che va al di là delle norme codicistiche e del dovere di non ledere gli interessi altrui e che trova il suo fondamento nei principi fondamentali della Costituzione ed in particolare nell'articolo 2, presentandosi appunto come specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale<sup>95</sup>.

La buona fede in tal modo viene a incidere sull'autonomia negoziale la cui sacralità di fatto cede il passo all'esigenza di garantire anche all'interno di essa il valore della solidarietà<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Giani L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza: Profili di tutela del privato*, E.S., Napoli, 2005.

<sup>93</sup> Bianca M., *La nozione di buona fede...*, op. cit. pag. 215.

<sup>94</sup> Rodotà S., in AA.VV. *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano, 1987.

<sup>95</sup> Specie verso la fine degli anni sessanta i giuristi italiani hanno scoperto il valore delle norme costituzionali e hanno riletto in tale prospettiva le norme del codice civile: Franzoni M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto in Contratto e impresa*, Giuffrè, Milano, 1999 pag. 83 e ss., spec pag. 87

<sup>96</sup> Giani L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza: Profili di tutela del*

L'esigenza di individuare un criterio elastico e duttile di definizione in concreto dei confini del diritto trova oggi rinnovato e ancor più pregnante fondamento nella necessità, di cui si è detto, di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà indicati nella nostra Carta Costituzionale<sup>97</sup>: doveri il cui assolvimento conferisce legittimità agli interessi che limitano l'esercizio dell'autonomia privata<sup>98</sup>. La buona fede dunque, è certamente funzionale all'attuazione di valori costituzionali<sup>99</sup>.

Secondo la dottrina civilistica<sup>100</sup> la buona fede – clausola generale che non impone un comportamento a contenuto prestabilito e che riporta all'idea di fondo della solidarietà – si specifica in due fondamentali canoni di condotta: la lealtà del comportamento e l'obbligo di salvaguardia che implica – come si è detto – la necessità per ogni parte di proteggere gli interessi dell'altra parte, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal *neminem laedere*, fermo il limite di non pregiudicare l'interesse proprio.

Dal canone della lealtà derivano i doveri di non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti; di non speculare su falsi

---

*privato* op. cit. pag. da 43 a 44 e dottrina e giurisprudenza ivi citate

<sup>97</sup> v. Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali in Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 ( Collegato lavoro)* a cura di Cinelli M. e Ferraro G., Giappichelli, Torino, 2010 per il quale ... *l'assetto costituzionale colloca gli interessi dell'impresa all'interno di una visione sistematica dei molteplici valori da perseguire tra i quali preminenti sono quelli riconducibili al mondo del lavoro.* Cfr. Pedrini F., *Clausole generali e Costituzione*, op. cit., pag. 285 e ss.

<sup>98</sup> Palma A., *Violazione del criterio di buona fede...*, op.cit. pag. 37

<sup>99</sup> Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969; Bianca M., *La nozione di buona fede...*, op. cit. pag. 209 e ss.

<sup>100</sup> Bianca M., *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*, in *Foro Italiano*, Giuffrè Milano, 1965, I, pag. 37



affidamenti; di tener conto dei ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte.

L'analisi delle diverse tecniche ricostruttive proposte al fine di allargare lo spettro dell'indagine giudiziale al di là del mero *ius dictum* ha condotto alla conclusione secondo cui questa esigenza può essere sostanzialmente soddisfatta mediante il ricorso alle regole di correttezza e buona fede. E proprio il ricorso alle regole di correttezza e buona fede attraverso le analisi delle diverse tecniche ricostruttive consente di allargare lo spettro dell'indagine giudiziale al di là del mero *ius dictum*.<sup>101</sup>

Tali regole costituiscono infatti un valido strumento giuridico idoneo a recepire quei principi e valori sinteticamente ricondotti al dovere del datore di lavoro.

Il ricorso a tali regole si impone per un duplice ordine di motivi di natura tecnica e sostanziale. Gli artt. 1175 e 1375 c.c. infatti, contengono disposizioni dotate di valore precettivo le quali permeano tutti i rapporti obbligatori e svolgono, come già evidenziato, una funzione di limite agli atti di autonomia privata.

Queste previsioni inoltre garantiscono il perseguimento di esigenze di giustizia sostanziale giacché servono a colmare talune lacune inevitabili in quanto il legislatore non è certo in grado di prevedere e risolvere tutti i conflitti e le situazioni che nei fatti si presentano.

Parte della dottrina<sup>102</sup> ritiene che si tratti di norme d'azione che

---

<sup>101</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" dei lavoratori - Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988.

<sup>102</sup> Natoli U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1953; Silvagna L., *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano,

esplicano la loro rilevanza solo nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio influenzando sulle modalità concrete di esso fornendo al giudice un criterio di valutazione dell'attività esplicata dalle parti ai fini della concreta realizzazione del contenuto delle rispettive posizioni. Altra parte della dottrina<sup>103</sup> qualifica tali principi come norme di relazione, fonti di integrazione del regolamento contrattuale idonee ad ampliare il contenuto delle obbligazioni tra le parti.

La Cassazione ha statuito che<sup>104</sup> costituiscono principi generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui le parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.).

In tema di contratti il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere alla esecuzione del contratto così come alla sua formazione e alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase.

Pertanto la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175

---

1977; Cattaneo G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in Riv.trim.dir.proc.civ., Giuffrè. Milano, 1971; Bigliazzi Geri L., *Osservazioni minime su "poteri privati" ed interessi legittimi*, in Riv.Giur.Lav., Ediesse, Roma, 1981, pag. 259 e ss..

<sup>103</sup> Rodotà S., *Le fonti di integrazione*, op.cit.; Mandrioli V., *Controllo giurisdizionale sull'esercizio di alcuni poteri giurisdizionali del datore di lavoro* in Riv.it.dir.lav., Giuffrè, Milano, 1983, I; Bianca L., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, op. cit., pag. 210 e ss

<sup>104</sup> Cass. civ., sez. III, 18 Settembre 2009, n. 20106; cfr. Ghera E. -Valente L., *Un primo commento al Collegato lavoro*, in Mass.Giur.Lav., Dicembre 2010 n. 12, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, pag. 867 e ss

c.c.) quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)<sup>105</sup>.

In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento per il giudice, atto a controllare anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale in funzione di garanzia del giusto degli opposti interessi.

La Relazione ministeriale al codice civile del 1942 sul punto così si esprimeva: *“il principio di correttezza e buona fede, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”* operando in tal modo come un criterio di reciprocità.

Ne consegue che la clausola generale della buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. è stata utilizzata, anche nell'ambito dei diritti di credito, per scongiurare, per es. gli abusi di posizione dominante. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione e impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o disposizioni<sup>106</sup>.

In virtù della crescente valorizzazione dei principi di correttezza

---

<sup>105</sup> cfr. Persiani M., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, in Mass.giur.lav., 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, secondo cui l'ordinamento è permeato dal principio di solidarietà che sovrasta anche ogni rapporto tra privati (art. 2 Cost.) e il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà.

<sup>106</sup> Ferrari P., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, (a cura di A. Vallebona) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, in Mass. Giur.Lav., 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010.

e buona fede e delle operatività di essi in sinergia con il valore costituzionale della solidarietà si impone un controllo più ampio delle modalità di esercizio dei diritti sul presupposto che, nonostante l'attribuzione di un diritto soggettivo in capo al titolare, vi è necessità di un utilizzo del diritto rispettoso della disposizione attributiva.

Infatti il principio di buona fede si integra a vicenda con il divieto di abuso del diritto con la precisazione, secondo parte della dottrina<sup>107</sup>, che il secondo deve essere considerato criterio rivelatore della violazione del primo ed è nella buona fede, in definitiva, che viene individuato il canone generale cui ancorare la condotta delle parti. L'istituto dell'abuso del diritto è considerato espressione del dovere di solidarietà fondata sull'art. 2 Cost.<sup>108</sup> ed in particolare è inteso quale criterio rivelatore della buona fede oggettiva la cui rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

Con una recente sentenza la Cassazione<sup>109</sup> ha statuito che *il principio della buona fede oggettiva, intesa come reciproca*

---

<sup>107</sup> Morone A., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Vallebona A. (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, Supplemento a Mass.giur.lav., 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano 2010

<sup>108</sup> secondo cui *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

<sup>109</sup> Cass.civ., Sez III, 31.05.2010, n. 13208 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

*lealtà di condotta delle parti, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi da quella della formazione a quella della esecuzione e della interpretazione, comportando quale ineludibile corollario il divieto di ciascun contraente di esercitare verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati, nonché il dovere di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, in modo da preservare, per quanto possibile, gli interessi della controparte e quindi, primo fra tutti, l'interesse alla conservazione del vincolo*<sup>110</sup>.

I principi di buona fede e correttezza sono quindi i limiti esterni all'esercizio del diritto con la conseguenza che se l'utilizzo di esso è considerato abnorme deve essere sanzionato ogniqualvolta ne sussiste la giustificazione formale ma non quella sostanziale<sup>111</sup>.

La Suprema Corte tuttavia, in altre occasioni, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, ha evidenziato la necessità di riempire di contenuto le clausole generali di correttezza e buona fede censurando un loro uso indiscriminato e un eccessivo ampliamento della loro portata<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> In dottrina vedi Ferraro G., *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro*, in Mass.Giur.Lav., 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, per il quale *Il principio di correttezza e buona fede... deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziaria per ottenere l'adempimento anche alla luce del principio del giusto processo*.

<sup>111</sup> Bianchi F. e Armentano A., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Vallebona A. (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, Supplemento a Mass.giur.lav., 12/2010.

<sup>112</sup> Con sentenza Cass.civ., sez. unite, 15 novembre 2007, n. 23726 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), la Corte ha affermato che la parcellizzazione giudiziale dell'adempimento del credito non è consentita in virtù del principio generale di

Una applicazione di tali regole si ha nei confronti dei poteri privati<sup>113</sup>, sia di diritto che di fatto, appartenenti a quei soggetti o a quei centri di potere (sociale od economico) che godono di una posizione di supremazia e di dominio nei rapporti con altri soggetti che si trovano in una condizione per così dire di sottomissione rispetto ai primi.

La Costituzione ha allargato l'ambito della tutela dei diritti e interessi del singolo anche con riguardo a questi poteri c.d. privati, il cui esercizio presuppone una situazione di supremazia e di prevalenza di una parte sull'altra che si differenzia dal rapporto giuridico dove le posizioni dei soggetti, come in precedenza evidenziato, sono ben delineate nelle figure del diritto e/o dell'obbligo e hanno un contenuto predeterminato<sup>114</sup>.

Anche nell'esercizio di un potere discrezionale e non vincolato qual è quello privato, il soggetto deve sempre rispettare certi parametri o standards sociali<sup>115</sup>.

---

correttezza e buona fede. Nella pronuncia in tema di efficacia estintiva del pagamento effettuato con assegno circolare la Corte afferma che il giustificato motivo del rifiuto di pagare deve essere valutato secondo le regole della correttezza e buona fede; e ancora con sentenza Cass. civ. sez. unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, la Corte ha espressamente negato che la violazione di norme comportamentali (fondate sulla buona fede) possa determinare l'estinzione del rapporto obbligatorio, puntualizzando che *“il dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via principale, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”*.

<sup>113</sup> Di Majo A., *Il controllo dei c.d. poteri privati*, in *La tutela civile dei diritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1993.

<sup>114</sup> Di Majo A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, 1983

<sup>115</sup> cfr. Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Autonomie e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992; id *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Lavoro competitività e welfare – Commentario alla legge 24.12.2007 n. 247 e riforme correlate* (a cura di) Ferraro G. – Cinelli M., Utet Giuridica, Torino 2009

La buona fede consente di integrare e/o arricchire il contenuto dei rapporti giuridici<sup>116</sup>, specie contrattuali, al fine anche di adeguarli ad esigenze fondamentali prospettate dalla Costituzione (ad es. dovere di solidarietà) sia per permettere al giudice, attraverso l'uso di poteri equitativi, un doveroso e più maturo apprezzamento delle circostanze del caso concreto laddove l'applicazione dello *ius strictum* darebbe risultati ingiusti o poco praticabili.

Come afferma autorevole dottrina<sup>117</sup> *la clausola della buona fede può essere utilizzata o come “integrazione e completamento dell’obbligazione”, nel qual caso comporta il sorgere di obblighi accessori dell’obbligazione, quali quelli di protezione o ulteriori obblighi di comportamento, come quelli di avviso, di lealtà e di assistenza; o con funzione di “correzione e completamento dell’obbligazione”, per cui attraverso la buona fede si corregge e si tempera il rigore dello jus strictum “in base a criteri e parametri o standard oggettivi di comportamento”, contribuendo ad “assicurare un necessario raccordo tra regulae iuris e valori socialmente ed eticamente fondati e sempre meritevoli”; o, infine, con “funzione di “rottura” dell’ordinamento positivo, attraverso l’introduzione giudiziale di regulae iuris”, e in questo caso, dunque, la buona fede “è utilizzata in modo “eversivo” nei confronti del sistema codificato; il principio di buona fede può essere infatti richiamato per contrastare le scelte fondamentali*

---

<sup>116</sup> Di Majo A., *La buona fede oltre il contratto*, in *Il corriere giuridico*, Ipsoa, Milano, 2000

<sup>117</sup> Di Majo A., *Delle obbligazioni in generale* in *Commentario Scajola Branca*, Zanichelli, Bologna 1988.

*compiute dal sistema codificato al fine di attribuire rilevanza a valori diversi da quelli che sono ad esso sottesi.*

Anche quando i poteri privati si autolimitano<sup>118</sup> - si pensi ad esempio alla materia delle sanzioni disciplinari dove l'autolimitazione del potere disciplinare del datore di lavoro ha luogo attraverso lo strumento dei regolamenti di impresa o della contrattazione collettiva - resta immutata l'esigenza di verificare la congruità o la proporzionalità delle sanzioni in concreto irrogate rispetto alla infrazione disciplinare commessa.

Anche in ipotesi di autolimitazione del potere, residua infatti sempre una eccedenza di potere che richiede l'esigenza di forme di controllo in quanto l'esercizio dei poteri genera sempre un "surplus di potere" anche in quelle forme di autolimitazione dove residuano comunque "margini di discrezionalità" come nel caso in cui l'imprenditore ha a sua disposizione tali margini (si pensi al sistema di promozioni a scelta).<sup>119</sup>

### **III) Le clausole generali nel Diritto Amministrativo**

Il Consiglio di Stato in una recentissima sentenza<sup>120</sup> ha preso atto che in base all'art. 30<sup>121</sup> del Codice del processo

---

<sup>118</sup> Di Majo A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio delle imprese*, op.cit. p.348-349

<sup>119</sup> Di Majo A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio delle imprese* op.cit. p. 349 e

ss

<sup>120</sup> C.d.S., Adunanza Plenaria, 23 Marzo 2011, n. 3 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>121</sup> D.lgs. 104 del 7 luglio 2010 - *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*. Pubblicato nella Gazz. Uff. 7 luglio 2010, n. 156, S.O. - Art. 30 - *Azione di condanna: 1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.*



amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) l'azione di condanna al risarcimento del danno può essere proposta in via autonoma entro centoventi giorni decorrenti dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

E' quindi sancita l'autonomia sul versante processuale della domanda di risarcimento del danno rispetto al rimedio impugnatorio.

La possibilità che la domanda risarcitoria, ove limitata alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti dal provvedimento sia proponibile in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si atteggi più come corollario di quest'ultima, si inserisce in un contesto nel

---

*2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.*

*3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.*

*4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.*

*5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.*

*6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.*

quale 1) il giudizio amministrativo si è trasformato da giudizio amministrativo sull'atto (teso cioè a vagliare la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso) in giudizio sul rapporto volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata; 2) viene tutelato un interesse legittimo che rileva non come situazione meramente processuale ossia titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo o mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in se intesa, ma come posizione sostanziale strettamente legata ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita (quella posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio di un potere pubblicistico e che l'ordinamento sulla base di scelte costituzionalmente orientate, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale), la cui lesione può concretizzare un pregiudizio.

Tuttavia il Codice del processo amministrativo, pur negando una pregiudizialità di rito, esclude la risarcibilità dei danni quando, secondo un giudizio causale ipotetico, si potevano presumibilmente evitare tali danni con una tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso.

In particolare l'art. 30 comma 3 afferma che *il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle*

*parti, e comunque esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.*

Tale disposizione, pur non evocando esplicitamente quanto disposto dall'art. 1227 comma 2 c.c. (*“il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”*), afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti, costituisce un dato valutabile alla stregua dei canoni di buona fede e correttezza e del principio di solidarietà sociale per l'esclusione o la mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza.

In particolare, la tenuta da parte del danneggiato di un comportamento attivo o omissivo contrario al principio di buona fede e correttezza e al parametro della diligenza tale da consentire la produzione di danni altrimenti evitabili secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa, recide il nesso causale ai sensi dell'art. 1223 c.c.<sup>122</sup> che deve legare la condotta antigiuridica alle conseguenze dannose risarcibili.

La norma dunque introduce un giudizio basato sulla c.d. *causalità ipotetica*, in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il creditore non avrebbe subito se avesse serbato un comportamento collaborativo cui è tenuto secondo buona fede e correttezza circoscrivendo i danni derivanti dall'inadempimento

---

<sup>122</sup> Art. 1223 c.c.: *Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta.*

entro i limiti che rappresentano una diretta conseguenza dell'altrui colpa.

Il creditore dunque è gravato da un doppio obbligo, negativo (astenersi da comportamenti volti ad aggravare il danno) e positivo (ossia tenere quelle condotte anche positive, esigibili, utili e possibili, tese ad evitare o ridurre il danno)

Questo orientamento si fonda su una lettura dell'art. 1227 comma 2 alla luce delle clausole di buona fede e correttezza (art. 1175 e 1375 c.c.) e del principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) che impongono al creditore, benché vittima dell'illecito, di tenere una condotta positiva tesa ad evitare il danno o a ridurlo anche nella fase patologica dell'inadempimento, con l'unico limite dell'*apprezzabile sacrificio*: il danneggiato è tenuto ad agire diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno ma non fino al punto da sacrificare i propri interessi personali e patrimoniali attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose.

L'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'art. 1227 c.c. ha fondamento proprio nel canone di buona fede e nel principio di solidarietà sociale sicché le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione e della mitigazione del danno nel caso in cui sulla base del giudizio di causalità ipotetica, le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo e avrebbero precluso o limitato il danno.

La nozione di buona fede in senso oggettivo<sup>123</sup> (art. 1337 c.c.<sup>124</sup>) rileva quindi come clausola generale che impone a tutti i soggetti, pubblici o privati, di assumere in tutte le fasi dell'azione amministrativa un comportamento improntato a diligente correttezza e a solidarietà sociale .

La Pubblica Amministrazione, in particolare nei rapporti con i privati, è comunque tenuta al rispetto dei canoni “usuali” della buona fede e dell'affidamento: la responsabilità dell'Amministrazione si ravvisa ad esempio nel caso in cui il privato sia stato tratto in inganno per aspettative indotte dal comportamento della medesima Pubblica Amministrazione.<sup>125</sup>

Per la violazione del principio di buona fede non rilevano elementi soggettivi ma dati razionali verificabili quali ad esempio una significativa documentazione o ragioni non sostenute da interessi pubblici.

Il dovere di buona fede conseguente all'obbligo di solidarietà tra soggetti, consiste dunque nell'agire corretto inteso come giusto esercizio dei diritti nei confronti degli interessi alieni e pertanto, in virtù di quanto disposto dall'art. 2 Cost., anche la Pubblica

---

<sup>123</sup> cfr. Antoniazzi S. – Nicoletti F., *Brevi riflessioni sul principio di buona fede e di tutela dell' affidamento: una recente evoluzione tra consenso e autorità nell'attività amministrativa*, in *Il diritto dell'economia* 2, Mucchi, Torino, 2001

<sup>124</sup> *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*

<sup>125</sup> Si rinvia, in particolare, a: Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano 1972, poi pubblicato nuovamente - con l'inserimento di ulteriori studi svolti successivamente al 1972 - con il titolo *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Giuffrè, Milano 2001; Manganaro F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Collana Università Magna Graecia, ESI, Napoli 1995; Antoniazzi S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005.

Amministrazione, come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, non può ritenersi sottratto all'obbligo di agire correttamente qualunque sia il modo in cui espliciti la sua attività. Il principio generale di buona fede svolge quindi un ruolo di estremo rilievo nell'indagine e nelle valutazioni della sussistenza della colpa che è condizione imprescindibile perchè la Pubblica Amministrazione sia condannata al risarcimento per la lesione di posizioni giuridiche tutelate.

Proprio il fatto che la Pubblica Amministrazione, sempre meno esecutrice delle norme, debba, caso per caso, individuare la norma d'azione idonea al perseguimento di obiettivi in conformità ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, contribuisce ad incrementare il rilievo del principio di buona fede in grado di fornire un valido supporto anche nella attività provvedimentale, la quale deve rispettare sempre e comunque istanze di imparzialità e trasparenza.

Il principio di buona fede oggettiva inteso come dovere di correttezza, è parte integrante dello statuto giuridico dell'agire della Amministrazione che deve essere conforme a logica, ragionevolezza, coerenza, proporzionalità, che sono principi entrati a far parte dello statuto dell'attività amministrativa quasi sempre attraverso la porta elastica dell'eccesso di potere<sup>126</sup>.

A differenza di quanto accade per il comportamento dei privati, il principio di buona fede non vive isolato ma si accompagna a

---

<sup>126</sup> Sul punto vedi Scoca F.G, *Tutela giurisdizionale e comportamento della Pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, Convegno di Venezia 15 giugno 2001 *Il ruolo della buona fede oggettiva*.

numerosi altri principi che disciplinano il comportamento della amministrazione la quale deve agire non solo correttamente ma anche logicamente, ragionevolmente, in modo trasparente e con atti il cui impatto sugli interessi privati sia proporzionato al fine pubblico da conseguire.

La buona fede è intesa anche come dovere di “attenzione”<sup>127</sup>, di presa in considerazione da parte dell’ amministrazione degli interessi, fatti, argomenti introdotti dai privati nel procedimento di formazione del provvedimento e come dovere di informazione esatta e tempestiva del proprio operato e dovere di collaborazione con i privati nel procedimento.

Il principio di buona fede secondo attenta dottrina<sup>128</sup> riguarda precipuamente il modo in cui l’amministrazione agisce nell’assumere la decisione: la correttezza non confligge con il raggiungimento del fine pubblico semmai impone l’attenta considerazione anche dell’interesse dei privati che siano coinvolti, in un modo o nell’altro, nell’assetto di interessi che l’amministrazione unilateralmente, con il provvedimento, stabilisce ed impone.

L’attività c.d. autoritativa dell’amministrazione comporta che vi sia necessariamente una divergenza tra gli autori dell’atto (o meglio del provvedimento) e i titolari degli interessi che l’atto coinvolge, nel senso che l’Amministrazione unilateralmente detta la disciplina oltre che dell’interesse pubblico di sua spettanza, anche degli interessi di un numero più o meno elevato di privati

---

<sup>127</sup> Scoca F.G., *Tutela giurisdizionale e comportamento...*, op. cit., pag. 475

<sup>128</sup> Scoca F.G., *Tutela giurisdizionale e comportamento...*, op. cit. 471 e ss.

(o meglio amministrati) ed è quindi evidente che si pone il problema della correttezza del comportamento circa lo svolgimento di tale attività. Proprio a causa della peculiarità dell'attività autoritativa dell'amministrazione si è andata formando nel tempo una disciplina dell'attività ricca di regole e principi, un vero e proprio statuto dell'agire dell'amministrazione di cui il principio di buona fede e correttezza è parte integrante

Per quanto riguarda l'attività autoritativa della Pubblica Amministrazione, la dottrina<sup>129</sup> ha anche posto in luce come attraverso l'istituto della *fides* si tutelano situazioni nelle quali sussiste un rapporto di disegualianza ossia di relazioni non paritarie tra le parti sicché il principio di buona fede trova nel diritto amministrativo la sua giustificazione in quanto è il mezzo attraverso il quale si possono preservare situazioni soggettive coinvolte dall'esercizio del potere.

Più recentemente c'è stato qualche studioso<sup>130</sup> che ha collegato il progressivo superamento delle difficoltà di una parte della dottrina amministrativa a riconoscere l'operatività, nel sistema amministrativo, della buona fede e dell'affidamento, al venir meno del dogma della irrisarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi (ad opera della giurisprudenza e della legislazione), anche per la riconduzione della buona fede al principio costituzionale fondamentale di solidarietà, in seguito al

---

<sup>129</sup> Casetta E., *Buona fede e diritto amministrativo* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nella esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001, a cura di Garofalo L., Cedam, Padova 2003, vol. I.

<sup>130</sup> Giani L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, E.S., Napoli, 2005



quale è divenuto un principio generale avente un valore integrativo della legislazione e più in generale di tutte le fonti del diritto.

Occorre distinguere buona fede e affidamento: nelle regole di buona fede e correttezza l'oggetto diretto è rintracciabile nell'interesse del privato al rispetto, da parte della Amministrazione, delle basilari regole di azione amministrativa scritte e non scritte<sup>131</sup>.

Nell'affidamento<sup>132</sup> invece esso è individuabile nell'aspettativa qualificata che il privato ha ad un risultato a lui favorevole.

La buona fede dunque obbliga l'agente a tenere un determinato comportamento mentre l'affidamento consiste in una aspettativa che si basa su rapporti giuridici che si vengono a instaurare tra i soggetti dell'ordinamento in seguito all'esercizio di un potere volto a creare un determinato assetto di interessi.<sup>133</sup>

Certamente di fronte ad un potere amministrativo divenuto sempre più ampio e quindi più simile a quello legislativo o al potere negoziale dei privati è forte l'esigenza di individuare precisi criteri regolatori del potere discrezionale .

---

<sup>131</sup> Giani L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, op cit. p. 86 e 87; 123 e 124; 177 e 178

<sup>132</sup> Merusi F., *L'affidamento del cittadino...*, op.cit., 451 e ss.; Pietrobon V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990, 3 e ss.

<sup>133</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento ne diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001, 7, delinea due orientamenti interpretativi in merito alla collocazione del principio dell'affidamento rispetto alla buona fede: da un lato l'opzione esegetica espressa dalla dottrina italiana e spagnola che riconduce l'affidamento al principio romanistico della buona fede oggettiva vigente nel diritto pubblico e, dall'altro, l'orientamento della dottrina tedesca che respinge tale connessione e considera l'affidamento come "un principio riconducibile solo al diritto positivo degli stati moderni in quanto disciplinati dal diritto positivo che si esprime anche in principi generali che ne esplicano la logica di fondo.

In questa prospettiva la buona fede, intesa quale regola di comportamento, riguarda l'intero procedimento giuridico lungo il quale si sviluppa il rapporto P.A. - privato e quindi anche la fase esecutiva.

In dottrina<sup>134</sup> talora si è ritenuto che nel caso in cui la Pubblica Amministrazione abbia creato in un cittadino in seguito ad un suo comportamento un'apparenza di diritto ed il cittadino sulla base di questo abbia compiuto delle azioni, la P.A. ha ingenerato nel cittadino un affidamento; in questo caso ci si domanda se questa buona fede oggettiva (legittimo affidamento) sia meritevole di tutela; ovviamente è necessario chiedersi se il cittadino era consapevole o meno di questo comportamento non corrispondente al diritto e dunque se per accordargli tutela basta la buona fede oggettiva<sup>135</sup> o sia necessaria anche quella soggettiva.

Alla base del legittimo affidamento c'è il principio di solidarietà contenuto nell'art. 2 Cost.: l'esercizio dei diritti deve avvenire senza sacrificio dei diritti altrui quindi il legittimo affidamento non è altro che un *bilanciamento di interessi*<sup>136</sup>.

La correttezza, la buona fede nonché il legittimo affidamento attengono ai rapporti intercorrenti tra i cittadini e la P.A. e, dove si operano delle scelte e viene in gioco la discrezionalità, la libertà di ponderazione degli interessi, rappresentano a ben

---

<sup>134</sup> Fraenkel-Haeberle C., *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Alcione, Trento, 2008.

<sup>135</sup> Fraenkel-Haeberle C., *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, op.cit., pag. 40 e ss., per la quale il principio di buona fede oggettivo prende il nome di legittimo affidamento.

<sup>136</sup> Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, op.cit. 451 e ss.

vedere un limite di quest'ultima dal momento che l'attività amministrativa discrezionale o vincolata è caratterizzata anche da una forte componente di doverosità che si esplica in vari modi.

Ad esempio, a fronte della doverosa partecipazione del singolo al procedimento amministrativo c'è la doverosità dell'amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento; a fronte della presentazione di memorie e osservazioni da parte del privato c'è il dovere della P.A. di motivare le ragioni per cui non le ha tenute in debito conto.

La procedimentalizzazione dell'attività amministrativa ma anche la partecipazione ad essa del privato consentono il dispiegarsi del principio di buona fede<sup>137</sup>.

C'è da dire che anche nell'esercizio degli atti di natura non autoritativa ossia quando la Pubblica Amministrazione agisce *iure privatorum*, il principio di buona fede e correttezza svolge un ruolo fondamentale<sup>138</sup>.

L'art. 1 comma 1bis della L. 241/90 dispone che “*La Pubblica Amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”. In passato l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione era stata sempre specularmente inversa all'attività funzionale e la distinzione tra l'agire *iure imperii* e *iure gestionis* era legata alla posizione di supremazia o meno dell'ente pubblico.

---

<sup>137</sup> Fraenkel-Haeberle C., *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, op.cit., p. 50 e ss.

<sup>138</sup> Perlingieri G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, 2003, ESI, Napoli

Oggi invece l'elemento discrezionale è costituito dalla finalità perseguita, che può essere pubblicistica oppure privatistica. La prima può essere perseguita anche tramite attività negoziale la seconda solo attraverso strumenti negoziali.

Ed ormai si ritiene quasi in modo pacifico che non possono esserci spazi per attività in cui la Pubblica Amministrazione non sia retta dai principi di buona fede e correttezza<sup>139</sup> la cui valorizzazione è accentuata dall'avvento dei principi comunitari a tutela del legittimo affidamento ed è riconducibile ai principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 della Costituzione.<sup>140</sup>

Una applicazione dell'art. 97 Cost. consiste nel dovere dell'Amministrazione, pur nel perseguimento dell'interesse pubblico, di non discriminare i soggetti privati coinvolti, garantendo trattamenti simili in situazioni simili e trattamenti differenziati in situazioni differenti.

Il principio di imparzialità, nell'ambito dell'organizzazione dell'attività amministrativa, trasfonde il principio della ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. nel senso che la Pubblica Amministrazione deve tenere un comportamento attivo volto alla ponderazione e alla valutazione degli interessi in gioco. In questo

---

<sup>139</sup> cfr. Gallo P., *Contratto e buona fede*, Utet Giuridica, Torino 2009

<sup>140</sup> La buona fede è una esplicitazione dunque più in generale del principio di imparzialità codificato dall'art. 97 Cost. ("I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione") che impone l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di agire sempre nel modo più adeguato e conveniente al fine pubblico che si deve perseguire, non senza però non rispettare, secondo un criterio generale di buona fede, le posizioni giuridiche soggettive di coloro cui si rapporta in ossequio al principio di legalità che deve informare il modo di esercizio dell'azione amministrativa.

contesto il ruolo che svolge il principio buona fede è essenziale in quanto solo una azione amministrativa ispirata ad esso potrà a sua volta rendere effettivi i principi di imparzialità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

#### **4. Le contrastanti opinioni della dottrina sull'art. 30 della Legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. del “Collegato lavoro”)**<sup>141</sup>

La presenza delle clausole alla base dei rapporti di lavoro consente di andare al di là di una verifica formale (controllo) dei comportamenti e delle scelte aziendali e di effettuare un esame più penetrante delle scelte costituenti esercizio dei poteri imprenditoriali (datoriali) (ad es. trasferimenti, licenziamenti, promozioni, premialità, ...).

La loro applicazione da parte del giudice permette un'indagine che non si ferma dunque all'aspetto esteriore ma entra nelle motivazioni (cause) del provvedimento, nella ponderazione degli interessi che hanno determinato le scelte, nella ragionevolezza della decisione (credibilità tecnica) consentendo di entrare in un certo qual modo nella c.d. discrezionalità aziendale e dunque di

---

<sup>141</sup> Legge 4.11.2010 n. 183 – *Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, riorganizzazione degli enti, di congedi, di aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro* – pubblicato nella G.U. 9.11.2010, n. 262, S.O. ed entrata in vigore il 24.11.2010.

verificare se essa sconfina o meno nell'arbitrio<sup>142</sup>. Ciò non significa entrare nel merito delle scelte imprenditoriali.

La recente legge 4 novembre 2010 n. 183 tuttavia sembra non favorire l'orientamento di cui sopra che ha raccolto in passato diverse adesioni ad opera della giurisprudenza e della dottrina.

Infatti, con l'art. 30, sotto il titolo *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro* il Legislatore è intervenuto sulla interpretazione/applicazione delle clausole da parte del giudice.

Dalla lettura della norma e in particolare dei commi 1, 2 e 3 l'idea che si ricava sembra proprio quella di una scelta del legislatore volta a limitare un controllo approfondito (sostanziale) del giudice per lasciar spazio ad un controllo piuttosto formale<sup>143</sup>.

Al comma 1 infatti si legge che *...il controllo giurisdizionale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.*

Anche il comma 2 rivela uno sfavore verso un controllo di questo tipo *“nell'interpretazione delle clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro ...* e in base al comma 3: *nel*

---

<sup>142</sup> cfr. Ferraro G., *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro* in Mass. Giur. Lav., Gennaio/Febbraio 2010, Il Sole 24 ore, Milano 2012

<sup>143</sup> cfr. Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali* in *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)* a cura di Cinelli M. e Ferraro G., Giappichelli, Torino 2010

*valutare le motivazioni poste a base del licenziamento il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati corporativamente più rappresentativi....”.*

Un controllo formale ingessato dunque tutto estrinseco anche se da svolgere in conformità ai principi dell'ordinamento, criterio questo peraltro piuttosto vago.

Se certamente è compito del legislatore creare norme che rappresentino un punto di equilibrio, un bilanciamento tra opposti interessi, è l'opera interpretativa del giudice che ha cercato spesso, proprio alla luce delle clausole generali, di pervenire ad un'opera di mediazione in concreto tra questi. Un'opera quella del giudice importante proprio per il fatto che nelle varie vertenze si fronteggiano due forti interessi: da un lato la tutela del lavoro, del lavoratore, dei rapporti di lavoro; dall'altro l'esercizio dei poteri datoriali organizzativi, produttivi, gestionali, di carattere tecnico, difficilmente sindacabili perché legati al lavoro dell'azienda e al lavoro dell'imprenditore.

Ad una prima lettura della norma sembra che ci sia stato il tentativo di scoraggiare i lavoratori dal ricorso ai rimedi di giustizia togata, volendosi privilegiare in alternativa diverse forme giustiziali (arbitrati, conciliazioni) al fine di deflazionare il contenzioso dal momento che il giudice, stando alla lettera della norma, finisce per essere vincolato da parametri piuttosto ristretti.

Va da sé che, per esaminare a fondo una questione, legittimità e

merito sono interdipendenti. E se il merito è valutabile anche nell'ambito della correttezza e buona fede, dell'*agere civiliter*, al fine di conseguire un giudicato sostanziale, certamente si possono in questa ottica sindacare le scelte imprenditoriali (discrezionali) consentendone una valutazione circa la loro congruità, proporzionalità, logicità, che costituiscono limiti alle stesse. Le clausole generali rappresentano insomma il sostrato di un giudicato sostanziale. Questi sono d'altra parte anche i limiti dell'azione di ogni pubblica amministrazione, del suo potere discrezionale sia nei rapporti con i privati che con le altre amministrazioni, la cui violazione, determina il vizio di legittimità di eccesso di potere<sup>144</sup>.

Le clausole generali sono il corredo necessario dell'opera interpretativa del giudice perché si basano su valori (anche costituzionali) condivisi, richiamano valori etico-sociali utili, se non a dirimere, ad attenuare i conflitti sociali.

Esse consentono al giudice un esame basato non sull'affermazione della legalità formale ma volto a scandagliare i limiti dei poteri datoriali che sono, pur sempre, legati all'utile d'impresa ed ai mercati. Certamente molti sono gli studi orientati ad affermare un'etica dell'imprenditoria e la componente forte della sua valenza sociale. Ogni potere, pubblico o privato, è in effetti funzionalizzato al raggiungimento di determinate utilità che non sono solo economiche ma anche sociali<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> cfr. Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, op cit., p. 6 e ss.

<sup>145</sup> cfr. Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Autonomie e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992; id *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Lavoro competitività e welfare – Commentario alla legge 24.12.2007*



Non è facile per il giudice, senza l'ausilio delle clausole, entrare nel merito delle scelte (motivazioni) del datore, e non è facile in genere risalire alla ratio della scelta effettuata, essendo nelle mani dell'imprenditore lo *ius variandi*, che non sempre è sottoponibile a sindacato.

Così risulta compito arduo addentrarsi nelle ragioni dei comportamenti datoriali se il controllo si ferma ai rigidi criteri formali, documentali, agli stretti ambiti definiti dalle contrattazioni collettive; il più delle volte occorre indagare se c'è un nesso logico tra atto e causa senza che con ciò voglia intendersi che ci debba essere una sostituzione del giudice nella valutazione effettuata dall'imprenditore. Non può il giudice infatti entrare nelle scelte, nei delicati equilibri aziendali, interferire con gli obiettivi perseguiti dall'imprenditore, con gli atti di gestione, anche se questi finiscono per coinvolgere le posizioni dei singoli lavoratori.

D'altra parte l'attuale assetto costituzionale tutela sia la libertà di impresa (art. 41 Cost.) che i valori e i diritti riconducibili al mondo del lavoro.<sup>146</sup>

La dottrina<sup>147</sup> ha chiarito che, pur non disconoscendosi il principio di libertà di iniziativa economica privata sancito

---

n. 247 e riforme correlate (a cura di) Ferraro G. – Cinelli M., Utet Giuridica, Torino 2009

<sup>146</sup> cfr. Cosio R., *Il controllo giudiziale sulle clausole generali nel diritto del lavoro: a proposito del co. 1 dell'art. 30 del "collegato lavoro"*, in Mass.Giur.lav., 2010, n. 4, Il Sole 24 ore, Milano 2010

<sup>147</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, Giuffrè 1988

dall'art. 41 Cost.<sup>148</sup> (l'utilità sociale di cui al secondo comma della stessa norma costituisce un limite esterno la cui concretizzazione è rimessa al legislatore ordinario) e quindi il potere dell'imprenditore di effettuare le scelte organizzative che ritiene più opportune, anche se rispettose di una determinata procedura, tuttavia al giudice deve essere riconosciuta la possibilità di sindacare l'effettiva sussistenza del nesso di causalità fra la scelta effettuata e i provvedimenti in concreto adottati: siffatto controllo può diventare più o meno penetrante stante la presenza di esigenze tecnico-produttive.

Il sindacato sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro ha ad oggetto il rispetto della legalità, della ragionevolezza delle scelte ma nella sostanza il più delle volte sembra peccare di efficacia (si pensi ad es. ad un licenziamento collettivo al cui riguardo il sindacato giudiziario, consente sì un penetrante vaglio sull'autenticità del nesso causale, ma poi non finisce per toccare la decisione dell'imprenditore, in quanto non assunta come oggetto principale dell'indagine).

Si deve di conseguenza concludere che, di norma c'è l'impossibilità per la giurisprudenza di sostituire o surrogare la decisione dell'imprenditore e quindi di sindacarla in base a criteri di convenienza e di opportunità o in virtù di quelle regole extra giuridiche che costituiscono l'essenza del vero giudizio di merito. Il sindacato del giudice nell'ambito giuslavoristico si spinge ad accertare i fatti e la corrispondenza della fattispecie concreta a

---

<sup>148</sup> cfr. Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, op .cit., p. 16.

quella astratta legalmente predeterminata anche se come evidenziato c'è necessità che il giudice non si limiti ad una lettura meramente formale delle ragioni, pur astrattamente legittime, avanzate dal datore di lavoro.

Sappiamo che il delicato lavoro del giudice è collegato alle norme che deve applicare, le quali, a loro volta, dipendono dagli equilibri e dalle politiche intraprese dallo Stato. Su di esse ora c'è la predominante incidenza delle norme comunitarie, alla cui stregua vanno valutate ed applicate (o disapplicate) le norme nazionali.

Le clausole di cui ci si occupa hanno sempre assolto nei vari campi del diritto una funzione equilibratrice, utile a mitigare i conflitti che inevitabilmente vengono ad instaurarsi tra lavoratori e datori di lavoro.

Ma la norma in questione sembra imbrigliare l'opera del giudice e, a mio avviso, potrebbero rinvenirsi in essa profili di incostituzionalità<sup>149</sup> in riferimento agli artt. 24 comma 1 e 111 Cost. in combinato con l'art. 3 Cost. poiché limita l'effettività di una tutela che finisce per avere contorni sempre più evanescenti.

Essa si pone, tra l'altro, in opposizione netta all'odierno orientamento normativo che sancisce, tra i principi fondamentali appunto, una giustizia sostanziale, effettiva. Ad esempio, nel recente *Codice del processo amministrativo* (approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) *disposizioni generali* al Libro I - Capo I - *Principi generali*, art. 1, si legge che *la giurisdizione*

---

<sup>149</sup> Sul punto v. Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, op. cit., p. 15 e ss.

*amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo; e art. 2: Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsti dall'art. 111, comma 1 della Costituzione.*

Alla luce di ciò sembra ragionevole ridurre il livello di tutela accordato ad una delle parti al fine di salvaguardare la dignità del lavoro e la dignità della persona umana.

La legge n. 183/2010 mortifica in effetti la funzione equilibratrice delle clausole generali e limita la loro interpretazione ad opera del giudice non consentendogli, al di là della applicazione dei precetti, di tutelare le ragioni della parte più debole del rapporto<sup>150</sup>.

La legge finisce (ed è questa l'opinione di alcuni studiosi della materia) per privilegiare quelle interpretazioni giurisprudenziali che hanno a volte incoraggiato un orientamento restrittivo (sentenza 108/2000 S.U.) ridimensionando il ruolo delle regole generali di correttezza e buona fede che sono in stretto rapporto con i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost..

Dalla lettura dell'art. 30 non appare chiaro se la delimitazione del potere di controllo giurisdizionale sull'atto datoriale e quindi le disposizioni in essa contenute si debbano applicare ai rapporti di lavoro subordinato e agli altri rapporti di lavoro di cui all'art. 403 c.p.c. o anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (di cui all'art. 63 comma 1 d.lgs. 30

---

<sup>150</sup> cfr. Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, op .cit., p. 8 e ss.

marzo 2001 n. 165).

Sembra che in questo modo sono state limitate quelle interpretazioni evolutive di varie disposizioni di legge che hanno in passato permesso di effettuare valutazioni di merito sui comportamenti e sulle scelte datoriali.

Certamente questa scelta legislativa ha riportato in auge il dibattito sulle clausole generali considerate dalla dottrina *una tecnica irrinunciabile*<sup>151</sup> perchè esse sono in realtà concetti giuridici che garantiscono la flessibilità dell'ordinamento giuridico.

Il dibattito riguardante il controllo giudiziale sulle clausole generali ha conosciuto stagioni in cui c'è stato un grosso approfondimento sul tema (soprattutto negli anni '60 e '90) ed è stato alimentato da opinioni contrastanti.

Alcuni hanno ritenuto che il ridimensionamento della portata (influenza) delle clausole sia un giovamento nel senso di determinare una maggiore uniformità dei giudicati, e che quindi possa essere utile alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni (così come si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge 1163/2006).

Al contrario<sup>152</sup>, i sostenitori della necessaria applicazione delle clausole nel giudizio, ritengono che in tal modo, si consente al giudice, senza entrare (sostituendosi) nelle scelte tecniche, di censurare quelle valutazioni che appaiono chiaramente illogiche

---

<sup>151</sup> Rescigno P., *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv.dir.comm.*, I, 5/1998, Piccin Nuova Libreria, Padova, 1998

<sup>152</sup> Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova 1992, pag. 170 e ss.

e inattendibili: si consentirebbe dunque al giudice un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica del provvedimento datoriale.

Senza voler estendere l'indagine sul reale compito del giudice sembra opportuno ritenere che il sindacato giurisdizionale debba essere suffragato da tutti quegli elementi che gli consentono di poter indagare e conoscere a fondo le ragioni di determinate azioni e comportamenti al fine di arrivare ad una giusta decisione riguardo ad esse. Per comprendere il problema della applicabilità, del peso delle clausole ai fini del giudicato, bisogna ricordare che sul tema ci sono stati tre filoni riconducibili ad un indirizzo pubblicistico, privatistico e costituzionalistico che presentano pregi ma si prestano come ha rilevato la dottrina a grosse critiche<sup>153</sup>. Giova riportare nelle linee essenziali il pensiero che ad essi si ricollega.

Il primo collega il potere imprenditoriale a quello pubblico, attribuendogli una finalità pubblica come tale assoggettabile ad un sindacato analogo a quello che esercita il giudice amministrativo nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, riconoscendosi al lavoratore l'interesse legittimo ad un corretto uso del potere imprenditoriale ed un sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere da parte dell'imprenditore. Il giudice può in tal modo effettuare valutazioni al fine di accertare la coerenza interna delle scelte imprenditoriali, il nesso di causalità tra la scelta e l'atto, pur senza sottovalutare l'ampia discrezionalità da parte

---

<sup>153</sup> Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, op.cit., pag. 169 e ss.

dell'imprenditore (in caso di promozioni, assunzioni, benefici economici di carattere premiale) il quale può sempre dimostrare di aver comunque rispettato i vincoli derivanti dalla disciplina inderogabile di legge e dalla contrattazione collettiva. Tale orientamento tiene conto dei valori etici e dei fini di interesse generale perseguiti attraverso l'attività imprenditoriale.

Il secondo filone privatistico si basa sugli artt. 1175 e 1375 e 1337 e 1338 c.c. derivando da essi, dei veri e propri obblighi a carico dell'imprenditore la cui violazione dà luogo a nullità per causa illecita, condanna al risarcimento del danno, eventualmente, anche in forma ripristinatoria. Questo orientamento è stato criticato per la particolare incisività che avrebbe sul libero esercizio del potere imprenditoriale.

Il terzo filone costituzionalista si fonda sul presupposto della diretta operatività dei precetti costituzionali all'interno dei rapporti interprivati. Tali principi, come ad es. la parità di trattamento e la non discriminazione, sembrerebbero tuttavia, secondo un'elaborazione giurisprudenziale, riguardare i soggetti pubblici mentre non sarebbero vincolanti nei rapporti interprivati<sup>154</sup>. La Corte Costituzionale<sup>155</sup> infatti, pur richiamando il divieto di discriminazione, ha aggiunto che sono possibili disparità di trattamento purché razionali e purché sia presente una giusta causa (motivazione ragionevole). Ciò sembra consentire una forte libertà di scelta all'imprenditore e uno spazio davvero ampio di discrezionalità. Bisogna concordare con quanti

---

<sup>154</sup> Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, op.cit., pag. 170 e ss.

<sup>155</sup> sentenza n. 103 del 22.2.1989 ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it))

ritengono che il sindacato del giudice sul comportamento datoriale va effettuato alla luce del criterio di ragionevolezza così da salvaguardare il potere dell'imprenditore che non deve svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da arrecare danno alla libertà, sicurezza e dignità umana.

Compito del giudice è di verificare che non vi sia stato abuso del diritto di libertà di iniziativa economica privata dell'imprenditore: in caso contrario, ciò può giustificare il suo intervento integrativo ed il suo potere correttivo e demolitorio.

Secondo attenta dottrina<sup>156</sup> *pretendere che nell'interpretazione delle clausole generali il Giudice si limiti ad una valutazione di mera legittimità significa esprimere una contraddizione in termini e sostanzialmente vanificare lo stesso valore assiologico delle clausole generali le quali hanno un senso in quei casi in cui l'ordinamento giuridico ritiene di demandare all' autorità giudiziaria il compito di valutare in termini di giustizia sostanziale alcune operazioni aziendali da inquadrare all'interno di una considerazione complessiva che tenga conto della molteplicità degli interessi implicati. Ma perchè questo avvenga non è possibile prescindere da un approfondimento a tutto tondo dell'atto o del comportamento dell' imprenditore, delle sue motivazioni e della rispondenza causale tra le stesse e il provvedimento adottato, della credibilità tecnica della decisione.*

Le opinioni correnti sulle previsioni di cui all'art. 30 Legge 183/2010 non sono certamente univoche e molte tendono a non

---

<sup>156</sup>così Ferraro G., *Il controllo giudiziale ...*, op.cit. pag. 8 e ss



drammatizzare la sua portata visto che, di solito, la giurisprudenza ha escluso controlli “di merito” riguardo ad esempio alle ragioni giustificative del licenziamento per motivi economico-produttivi o di trasferimento di luogo di lavoro.

Secondo tali opinioni il giudice è certamente limitato nel potere di valutare le scelte compiute dal datore di lavoro nell’ambito dei criteri di normalità tecnico-organizzativa anche alla luce della loro utilità sociale e delle ricadute sugli interessi dei lavoratori.<sup>157</sup>

In tema di licenziamento<sup>158</sup> ad esempio l’oggetto dell’apprezzamento del giudice riguarderà al più il nesso di causalità tra la scelta di gestione e il licenziamento rimanendo sostanzialmente esente dall’apprezzamento la scelta stessa, la sua razionalità o addirittura la sua conformità al criterio dell’utile sociale.

Ma si è anche ritenuto<sup>159</sup> che la nuova disposizione non riduce in effetti la discrezionalità del giudice, piuttosto la salvaguarda, dal momento che le tipizzazioni contenute nei contratti collettivi o nel contratto individuale non vincolano il giudice anche se grava comunque sul lavoratore l’onere di provare ad esempio le circostanze che hanno determinato la contraddittorietà tra la valutazione operata dal datore di lavoro (contro cui si ricorre) e quanto previsto nelle valutazioni medesime.

---

<sup>157</sup> cfr. Ferraro G., *Il controllo giudiziale ...*, op.cit. pag. 9 e ss

<sup>158</sup> vedi sul punto Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano 1994

<sup>159</sup> Vallebona A., *Una buona svolta del diritto del lavoro: il “collegato” 2010*, Mass.Giur.Lav., 2010, 4, 211, Il Sole 24 ore; id, *Il collegato lavoro: Un bilancio tecnico*, Mass.giur.lav. 2010, 900, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

Qualche studioso ha ritenuto che<sup>160</sup> la caratteristica delle clausole generali è quella di essere incomplete e di demandare all'interprete il proprio completamento tramite la rilevazione di dati esterni all'ordinamento (standard sociali o regole sociali di condotta); ma c'è chi<sup>161</sup> è dell'idea che le clausole generali impartiscano al giudice una direttiva per la ricerca della norma; esse sarebbero dunque una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto in mancanza di un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta.

In questo senso le clausole generali sono dunque norme incomplete, frammenti di norma, prive di una propria autonoma fattispecie essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di altre norme; “norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma di decisione, vincolandola ad una direttiva espressa, attraverso il riferimento ad uno standard sociale”<sup>162</sup>

Le clausole generali si differenziano infatti dalle norme generali in quanto queste ultime rispetto alle prime, sono norme complete costituite da una fattispecie o da un comando che non descrive un singolo caso ma una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Si veda sul punto Carinci M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it)

<sup>161</sup> Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede – Giornata di studio – Pisa 14 giugno 1985*, Giuffrè, Milano, 1987

<sup>162</sup> Ghera E. - Valente L., *Un primo commento al Collegato Lavoro*, in *Mass.Giur.Lav.*, 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

<sup>163</sup> v. Musatti R., *Note sul collegato lavoro: prime impressioni sull'art. 30*, in *D&L Riv. crit. dir.lav.*, 4/2010, Milano 2010

Partendo da questi presupposti allorché si interviene sull'applicazione giudiziale delle clausole generali - come pare fare la norma in commento - si finisce per modificare la profondità della portata delle regole in esse contenute.

Ma non sembra questa l'interpretazione esatta dell'art. 30 della L. 183/2010 in quanto la norma secondo una opinione recente<sup>164</sup>, non si riferisce a clausole generali in senso tecnico e il termine "clausole generali" sarebbe utilizzato in modo ampio (vago?) e tipico di tutte quelle disposizioni caratterizzate da una elevata genericità

Per quanto riguarda il giustificato motivo (oggettivo) – cioè le ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive cui la norma fa espresso riferimento per circoscrivere il sindacato del giudice - esso costituisce nell'interpretazione quasi unanime fornita dalla giurisprudenza<sup>165</sup> concetto tutto interno all'ordinamento nel senso che i giudici non si spingono a verificare se l'atto posto in essere dal datore di lavoro risponde o meno a standard di comportamento generalmente accettati dalla coscienza sociale: questi non indaga se un licenziamento disposto per contenere perdite, incrementare profitti, o disposto per motivi tecnici sia o meno in linea con il sentire sociale o risponde ai parametri sociali condivisi.

Il modello di giudizio che emerge dalle sentenze induce a ritenere che questi non si avvalgono di norme, di parametri o

---

<sup>164</sup> Carinci M.T., *Clausole generali* ....., op .cit. pag. 3 e ss.

<sup>165</sup> Per una analisi della giurisprudenza v. Carinci M.T., *Il giustificato motivo oggettivo*, Cedam, Padova 2004

standard tratti dal contesto sociale. Accade infatti che i giudici nel controllare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, affermino l'insindacabilità nel merito delle decisioni del datore di lavoro e cioè la totale irrilevanza delle modifiche tecniche che il datore intende apportare alla sua organizzazione.

Per quanto riguarda l'esclusione del controllo di merito di cui al comma 1 dell'art. 30, la norma ricalca i contenuti di due disposizioni del D.lgs. 276/2003 in tema di lavoro a progetto (art. 69, comma 3<sup>166</sup>) e di contratto di somministrazione (art. 27, comma 3<sup>167</sup>) e non introduce sostanziali novità rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato e anche il comma 2 dell'art. 30 che si occupa degli effetti della certificazione<sup>168</sup> è meramente confermativo di quanto già previsto dal titolo VIII del

---

<sup>166</sup> D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 - Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30 – pubblicato nella G.U. n. 235 del 9 ottobre 2003 – art. 69, c. 3 (così modificato dall'art. 1, comma 23, lett. f), L. 28 giugno 2012, n. 92 e dall'art. 1, comma 25, L. 28 giugno 2012, n. 92). *Ai fini del giudizio di cui al comma 2, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza del progetto e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente.*

<sup>167</sup> D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 - Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30 – pubblicato nella G.U. n. 235 del 9 ottobre 2003 – art. 27 comma 3 *Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore.*

<sup>168</sup> Sul punto si v. Marrazza M., *Oggetto ed effetti della nuova certificazione del contratto di lavoro*, in Arg.dir.lav., Cedam, Padova, 2011, pag. 67 e ss., e Speciale V. *La certificazione e l'arbitrato dopo “ il collegato lavoro ” (legge 4.11.2010, n. 183)*, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it)

D.lgs. 276/2003.<sup>169</sup>

Per quanto riguarda il controllo di merito<sup>170</sup> si è opinato che nel momento in cui si esprime la regola per la quale il controllo giudiziario deve essere circoscritto alla sussistenza del presupposto di legittimità della decisione datoriale e si esclude la possibilità di un sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive si rafforza senz'altro il principio per cui un apprezzamento in ordine all'opportunità e convenienza dell'atto imprenditoriale (la "scelta sottostante") non è consentito. Ma, dal momento che non si afferma a chiare lettere che l'indagine deve arrestarsi all'accertamento della effettiva esistenza e non pretestuosità delle ragioni dichiarate dal datore di lavoro e della coerenza tra queste e la scelta conseguente, è improbabile che ciò possa comportare un radicale mutamento nell'atteggiamento dei giudici, inducendoli a rinnegare un percorso oramai quarantennale e ad omettere ogni verifica delle motivazioni addotte, "della rispondenza causale" tra le stesse e il provvedimento adottato, della credibilità tecnica della decisione, insomma della adeguata ponderazione anche dei controinteressi espressamente protetti e tutelati dalla legislazione vigente<sup>171</sup>.

Si può forse ritenere che mediante l'esplicitazione della regola per cui il giudice non può ingerirsi nelle scelte datoriali si sia solo inteso ribadire, sulla scorta delle tesi espresse da autorevole

---

<sup>169</sup> Carinci M.T., *Il giustificato motivo oggettivo*, op.cit. p. 10 e ss

<sup>170</sup> Si veda Pellicani G., *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in Riv.Dir.Lav. 2/2010, Giuffrè, Milano, 2010

<sup>171</sup> Pellicani G., *Il c.d. "collegato lavoro .....*, op cit., pag. 233

dottrina, che il bilanciamento tra gli interessi del lavoratore e dell'impresa all'interno della organizzazione produttiva, è compito assegnato alla disciplina legislativa e all'azione sindacale e non al giudice, e che questi non può attraverso l'uso delle clausole generali individuare limiti interni all'esercizio dei poteri imprenditoriali in aggiunta a quelli esterni previsti dalla legge.

Da ciò deriverebbe che obiettivo primario della previsione consisterebbe non tanto nel ridisegnare la geometria dei rapporti tra i predetti interessi riposizionando la frontiera mobile tra libertà economica e tutela del lavoro, quanto piuttosto nel chiarire, una volta per tutte, il ruolo dei diversi attori coinvolti nella loro definizione.

Non sembra francamente condivisibile l'opinione di chi sostiene<sup>172</sup> che lo scopo di coloro che hanno voluto introdurre tale previsione sia quella di eliminare "la giustificazione" dell'atto datoriale richiesto dalla legge, trasformandola da giustificazione oggettiva "esterna" al soggetto agente, in

---

<sup>172</sup> Alleva P., *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo - Note critiche e proposte emendative* in [www.cgil.it](http://www.cgil.it), per il quale "la debolezza logico-giuridica della formulazione della nuova norma, nella sua prima parte, è tanto più grave in quanto essa dichiara di incidere sulle "clausole generali" (piuttosto che sulle c.d. "norme aperte"), così incorrendo in un vero "strafalcione" di teoria giuridica. Infatti le "clausole generali", in tutti gli ordinamenti, servono proprio a consentire un intervento adeguatore del precetto giuridico alla mutevole realtà sociale da parte del giudice e, dunque, una precisazione del comportamento doveroso del singolo alla stregua di criteri di adeguatezza sociale. Riportare il significato concreto di una "clausola generale" alla rappresentazione che ne abbia l'interessato stesso è un paradosso: sarebbe come se il giudice dovesse valutare la conformità del comportamento di un soggetto al "comune senso del pudore" o al "buon costume" non alla stregua del significato che la coscienza sociale attribuisce a tali concetti e "clausole generali", ma in base all'idea che ne ha l'imputato stesso!"

giustificazione soggettiva, interna al suo volere, così da ricondurre l'atto in realtà ad un provvedimento arbitrario "*ad nutum*".

In dottrina<sup>173</sup> si è anche avanzata l'ipotesi in base alla quale le norme in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, contratto a termine ecc. sono norme con cui il legislatore delega al giudice una scelta assiologica in quanto il loro contenuto è elastico e richiede giudizi di valore in sede applicativa. Il giudice interpretando e applicando una norma elastica "compie una attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale".

Sembra ragionevole aderire all'idea che il giudizio valutativo (di integrazione giuridica) del giudice di merito, suscettibile di sindacato dinanzi alla Corte di Cassazione sotto il profilo della falsa applicazione di legge, debba conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento anche ad una serie di standards valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente e in materia di rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro. Da ciò discende che 1) in presenza di norme elastiche o clausole generali il giudice svolge dunque una funzione integrativa delle regole giuridiche contribuendo a definirne contenuto e limiti; 2) in presenza di

---

<sup>173</sup> cfr. Piccinini A. - Ponterio C., *La controriforma del lavoro*, in DIELLE, Rivista telematica di diritto del lavoro

clausole generali - per esempio giusta causa o giustificato motivo di licenziamento – affermare che il giudice deve limitarsi ad accertare il presupposto di legittimità senza sindacare le scelte datoriali rappresenta una *contradictio in terminis* perchè in molti casi la giusta causa e il giustificato motivo sono presupposti di legittimità il cui contenuto tuttavia deve essere riempito attraverso l'attività di integrazione giuridica del giudice (merito). Al di là delle differenti opinioni che si sono sopra riportate, sembra che il ruolo della giurisdizione sia confinato piuttosto che al sindacato di merito, all'individuazione dei presupposti di legittimità, sul convincimento che in base ad essi sia comunque possibile da parte del giudice valutare la non pretestuosità delle scelte operate dall'imprenditore

Pertanto va considerato che l'art. 30 è stato finanche definito *norma manifesto*<sup>174</sup>, una norma probabilmente priva di impatto pratico attraverso cui il legislatore ha cercato di enunciare ed imporre un diverso ordine di valori, e di sovvertire le priorità consolidate oltre che gli equilibri esistenti, ispirati ai principi costituzionali.

In riferimento a ciò c'è chi<sup>175</sup> ha considerato le norme della legge sul "Collegato lavoro" legate da un filo comune ed espressione di un disegno comune costituito da una avversione nei confronti della tutela giurisdizionale dei lavoratori (subordinati e para-subordinati) e della disciplina sostanziale (legislativa e collettiva)

---

<sup>174</sup> Piccinini A. - Ponterio C., *La controriforma del lavoro*, op.cit., pag. 5 e ss.

<sup>175</sup> Centofanti S., *Le nuove norme di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori (Analisi degli art. 30,31 e 32 del disegno di legge n. 1167-B)*, in *Lav.Giur.*, n. 4/2010, IPSOA, Milano, 2010



di tutela degli stessi.

L'obiettivo delle norme dunque sarebbe (seguendo tale orientamento) quello in primo luogo di svilire la funzione di tutela giurisdizionale svolta dalla magistratura ordinaria (e in concreto dai giudici del lavoro di ogni grado) e di attenuare, anche sul piano sostanziale, gli spazi e i contenuti di tutela dei diritti dei lavoratori: ciò in considerazione del fatto che il percorso parlamentare del disegno di legge è stato caratterizzato da una continua "rincorsa antigiusdizionale"<sup>176</sup> nel senso che ci si sarebbe sforzati di elaborare norme di sempre maggiore chiusura degli spazi di tutela concessi ai prestatori di lavoro.

Di conseguenza, ci sarebbe stata una avversione contro i diritti dei lavoratori e la tutela giurisdizionale degli stessi e ancor di più contro il magistrato del lavoro in quanto soggetto meno suscettibile di altri di essere coinvolto in logiche di scambio rispetto alle quali i detentori di potere economico, politico e amministrativo possono sempre far valere la loro influenza<sup>177</sup>.

Pertanto il primo obiettivo di intervento normativo sarebbe stato quello di esautorare il magistrato cioè di creare le condizioni per le quali non potesse più intervenire, facendogli mancare la materia prima e cioè l'afflusso delle domande di tutela giurisdizionale<sup>178</sup>.

Una differente opinione dottrina<sup>179</sup> pone in luce invece la

---

<sup>176</sup> Centofanti S., *Le nuove norme di limitazione...*, op. cit., pag. 330 e ss.

<sup>177</sup> Centofanti S., *Le nuove norme di limitazione...*, op. cit., pag. 333

<sup>178</sup> Centofanti S., *Le nuove norme di limitazione...*, op. cit., pag. 341 e ss

<sup>179</sup> Bachini M., *Il c.d. Collegato Lavoro (L. 4 Novembre 2010 n. 183), artt. 30 e 32. Modifiche in tema di clausole generali, certificazione, impugnazione e contratti a termine* in [www.ordineavvocatidellasperzia.it](http://www.ordineavvocatidellasperzia.it)

portata non innovativa della norma che non farebbe altro che ribadire principi già affermati: ad es. il comma 2 dell'art 30 afferma il principio per cui il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, è scelta riservata all' imprenditore quale responsabile della corretta gestione dell'azienda anche da un punto di vista economico organizzativo sicché essa, quando sia effettiva e non simulata o pretestuosa, non è sindacabile dal giudice quanto ai profili della sua congruità ed opportunità; ma ciò non può voler dire, e neppure il comma 1 lo dice, che ove a fronte delle esigenze tecniche indicate dal datore di lavoro, sussistano esigenze di tutela della persona dei lavoratori, non si debba tenere conto di questa.

E dunque, in caso di trasferimento di un lavoratore, si applicheranno pur sempre i principi generali di buona fede e correttezza; cosicché, se vi sono situazioni particolari in base alle quali le posizioni soggettive dei lavoratori meritano una attenta considerazione, è evidente che esso sarà illegittimo qualora sia possibile una diversa soluzione.

Un'altra lettura della norma<sup>180</sup> ha portato a considerare che per clausole generali (dette anche “norme a precetto generico” o “norme elastiche”) si intendono disposizioni che esprimono un precetto giuridico indeterminato. Esse ricevono un contenuto

---

<sup>180</sup> Tatarelli M., *Le novità del collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazione di licenziamento, decadenza, indennità per il termine illegittimo*, in Mass.Giur.Lav. dicembre 2010, n. 12, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, pag. 874 e ss.; ID, *Controllo giudiziale sui presupposti di legittimità*, in Guida al Diritto – Il Sole 24ore, ottobre-novembre 2010 n. 8, Milano, 2010, pag. 115 e ss.

attraverso l'intervento del giudice chiamato ad individuare la regola da applicare al caso concreto.

Si tratta di una tecnica normativa a cui il legislatore ricorre quando non vuole o non può cristallizzare la norma su elementi predeterminati, per consentirle di adeguarsi alle svariate situazioni che possono in concreto accadere e al modo di sentire che emerge di volta in volta nella società civile.

In quest'ottica le clausole generali richiedono ed esaltano l'apprezzamento discrezionale del singolo magistrato.

C'è da dire che certamente il giudice, nell'interpretare le clausole generali e, più ampiamente, le norme di legge o contrattuali, non può trasformarsi in imprenditore, verificando l'opportunità delle scelte organizzative e produttive operate dal datore di lavoro, non può, cioè, sottoporle ad un esame di merito. Ma in ogni caso occorre sottolineare che il sindacato del giudice riguarda pur sempre il controllo di legittimità sull'esercizio dei poteri datoriali, ossia la verifica della rispondenza delle determinazioni adottate alle regole legali o contrattuali che delimitano i poteri stessi.

Tuttavia il problema che, come si è evidenziato, si è posto e permane riguarda la presenza di una norma che, secondo l'opinione di una parte della dottrina, ha ridotto fortemente gli spazi della giurisdizione. E sussistono di conseguenza molti dubbi sulla permanenza di una effettiva tutela giudiziaria dei lavoratori <sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> Certamente in presenza di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, continuerà a rimanere essenziale il controllo da parte del giudice della reale

Secondo una recedente decisione della Suprema Corte<sup>182</sup> l'operazione interpretativa compiuta dal giudice di merito al cospetto di una clausola generale, in quanto concorre alla formazione del concetto giuridico e della regola di diritto, non è limitata solo al fatto, ma si estende anche alla valutazione della sussistenza e della correttezza dei motivi addotti dall'imprenditore<sup>183</sup>.

#### **5. Problematiche aperte dall'art. 30, comma 1, L. 183/2010: questio facti e questio iuris**

Come si è cercato di evidenziare, sia pur sommariamente, nelle pagine precedenti la regolamentazione introdotta dall'art. 30 della legge 4 novembre 2010 n. 183 ha da subito suscitato polemiche e perplessità in dottrina anche perchè sembra evidente che la norma lascia aperti diversi problemi e getta ombre sulla sua interpretazione.

Certamente è una norma di difficile lettura; soprattutto sembra necessario chiarire se essa ha o meno contenuto innovativo, un

---

sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore e del nesso casuale tra tale motivo e la soppressione del posto. In sostanza, anche con riferimento alle clausole generali il giudice non può esimersi, come per qualsiasi altra norma di legge, dall'attività interpretativa, così valutando se l'operato del datore di lavoro, nell'applicazione delle clausole, sia conforme alla volontà della legge, come ricostruita dal giudice.

<sup>182</sup> cfr. Cass.civ., Sez. lavoro, 22.12.2006, n. 27452; v. anche Cass.civ., Sez. lavoro, 06.04.2006, n. 8017, tutte in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>183</sup> La Suprema Corte ha evidenziato inoltre che l'applicazione in concreto delle norme elastiche deve rispettare, oltre agli standards valutativi rinvenibili nella coscienza sociale dell'epoca, i criteri e i principi desumibili dall'ordinamento generale, quindi i principi costituzionali e quelli propri della disciplina particolare in cui la concreta disciplina si colloca.

significato rivoluzionario o reazionario<sup>184</sup>, se rappresenta un cambio di rotta insomma rispetto al passato o semplicemente una conferma di limitazioni già poste, in un passato non troppo lontano al controllo (potere) giudiziale<sup>185</sup>.

Alcuni hanno ritenuto che si tratti di una norma neutra, una formula di stile confermativa di indirizzi giurisprudenziali e normativi già consolidati (come sopra evidenziato), non idonea ad incidere in maniera significativa sull'opera valutativa riguardo al fatto sottoposto all'esame del giudice di merito.

Secondo altri invece sembrerebbe che l'applicazione di tale norma finisca per incidere in maniera significativa sulle pronunce giudiziali restringendo l'opera valutativa e interpretativa del giudice; quindi una norma che sostanzialmente potrebbe incidere sul giudizio orientando in un determinato modo il suo esito (che potrebbe essere scontato!).

Al giudice sarebbe addirittura riconosciuto un ruolo notarile<sup>186</sup> e formalista, un controllo formale che non gli permetterebbe di

---

<sup>184</sup> Si veda sul punto Tiraboschi M., *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in Proia G. - Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 32 e ss.

<sup>185</sup> Gli antecedenti di tale norma si possono trovare in effetti nel d.lgs. 276/2003. In particolare, in tema di contratto di somministrazione a termine (art. 27 comma 3) e di lavoro a progetto (art. 69 comma 3) o nel caso di trasferimento d'azienda (ove si prevede che una parte o ramo dell'azienda da intendersi come una articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, può essere identificata come tale dal cedente o dal cessionario al momento del suo trasferimento) o in relazione a contratto a termine ove si consente la possibilità di stipulare contratti a termine a fronte di ragioni di carattere tecnico produttivo organizzativo, sostitutivo, anche se riferibile a ordinaria attività del datore di lavoro. C'è da dire che sul punto si è osservato che la norma sembra essere diversa da quelle che l'hanno preceduta in quanto, a differenza delle precedenti, sembra incidere in modo netto sul rapporto intercorrente tra il potere giudiziale e il controllo sulle scelte datoriali.

<sup>186</sup> Alleva P., *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo – Note critiche e proposte emendative*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it)

entrare appieno nella individuazione della vera ratio (causa giustificativa) dell'atto imprenditoriale né di sindacare, approfonditamente, i modi eventualmente illeciti, discriminatori, poco trasparenti, ecc., alla base di questo e di conseguenza la sostanziale corrispondenza (nesso causale) tra la ragione indicata nell'atto adottato e quest'ultimo.

Il giudice, per arrivare alla decisione, ha infatti bisogno di passaggi logici tra il fatto e le ragioni che l'hanno determinato, pur dovendo sempre comunque effettuare una comparazione complessiva degli interessi coinvolti.

Certo è che la valutazione interpretativa giudiziale non si può fermare a dati formali (come si dirà più approfonditamente in seguito) né può prescindere da una serie di fattori presenti comunque nell'ambito del lavoro e in particolare dal tipo di organizzazione ed attività di impresa, dalla loro utilità sociale, e soprattutto dalla valutazione dei limiti a cui l'attività dell'impresa e lo stesso datore di lavoro sono sottoposti (dunque necessità che l'attività si svolga in maniera equilibrata, secondo buona fede, correttezza, che non siano violati i diritti e i valori costituzionali di equità, giustizia sostanziale, parità di trattamento, non discriminazione) che stanno ad indicare l'importanza della funzione che l'attività imprenditoriale ed il lavoro rivestono in quanto fondamentali espressioni della vita e del benessere della Nazione.

Se pensiamo che nel tempo il controllo giudiziale di legittimità, piuttosto estrinseco e formale, sull'esercizio del pubblico potere e

dunque sull'attività delle amministrazioni<sup>187</sup> si è andato via via trasformando in un controllo sempre più sostanziale (non più sull'atto ma sul rapporto sottostante) grazie anche al contributo della dottrina e della giurisprudenza; e la sindacabilità del giudice amministrativo investe oggi tutti i tipi di posizioni lese del cittadino (interessi legittimi e per talune (molte) materie diritti soggettivi); e quindi i cittadini hanno nei confronti dei pubblici poteri una tutela piena, non solo attraverso le azioni di condanna e di adempimento - integrativo o restrittivo – all'emanazione del provvedimento richiesto ma anche una tutela che comprende il risarcimento del danno anche da lesione di interessi legittimi, una

---

<sup>187</sup> Cfr. sul punto Ferraro G., *Il controllo giudiziale ...*, op. cit., pag. 8 e ss., secondo cui *nel procedimento sillogistico che conduce alla verifica della sussistenza di una clausola generale in realtà non esiste un profilo di legittimità al quale fare riferimento in quanto il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito della ragione adottata e ciò equivale a riconoscere che legittimità e merito sono talmente intersecati da confondersi.*

*Ed infatti schematizzando il procedimento logico-argomentativo seguito dai giudici nel controllo degli atti di gestione del rapporto di lavoro, questo consiste: 1) nella individuazione della causale giustificativa dell'atto imprenditoriale; 2) nella verifica del nesso di causalità tra la ragione indicata e il provvedimento adottato; 3) nell'accertamento della insussistenza di motivi illeciti o discriminatori che possono assumere peso determinante nella operazione aziendale; 4) nella valutazione della idoneità del provvedimento ad incidere sulla posizione del lavoratore in termini di proporzionalità, ragionevolezza, imparzialità, socialità.*

*Ebbene, sembra che l'art. 30 voglia privare il Giudice proprio di questo ultimo passaggio, quello più significativo ossia la valutazione delle scelte imprenditoriali non solo alla stregua dei criteri di normalità tecnico-organizzativi ma anche di quelli dell'utilità sociale e quindi dei lavoratori nei termini in cui trovano riconoscimento e tutela nell'ordinamento giuridico.*

*Le clausole generali permettono cioè al Giudice di valutare le scelte imprenditoriali non fermandosi ad una definizione di essi rigida e preconfezionata sulla base dei parametri di legittimità ma rinviando alla pratica operativa e alla prassi vigente, a giudizi di valore e valutazioni etico sociali vale a dire a tutta una gamma di criteri non di stretto diritto positivo ma di carattere sociale rendendo in tal modo vivi i principi e gli obiettivi delineati dall'ordinamento giuridico.*

*Il giudice cioè trattandosi di clausole generali, non può limitarsi ad applicare la fredda fattispecie legale ma deve costantemente registrare la conformità delle varie manifestazioni dei poteri imprenditoriali ai parametri fissati dall'ordinamento e verificarne la compatibilità con interessi e valori alternativi.*

tutela piena per l'estensione di verifica e di accesso al fatto da parte del giudice e per la possibilità di una tutela *ante causam*: non si comprende la “riduzione” di tutela introdotta dall' art. 30 della L. 183/2010. E ciò ancor più ove si consideri che già da tempo ed ormai definitivamente con il recente Codice del Processo Amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) le esigenze di effettività di tutela si sono sempre più prepotentemente imposte non solo a difesa del cittadino ma anche nell'interesse della p.A. per consentire alla stessa un esercizio corretto e trasparente dei poteri, una chiarezza e una certezza nei rapporti giuridici con gli amministratori, una tutela funzionale a guardia di attività non più imposte, nè più sempre e solo autoritarie ma sempre più consensuali, negoziali o quantomeno condivise che proprio per i mezzi di cui appunto dispone il giudice attualmente fanno ritenere che il controllo giudiziario sempre più si è allontanato dalla mera verifica di conformità dell'atto alla legislazione vigente al fine di penetrare le ragioni profonde, il rapporto che ha determinato quella autonoma scelta (soprattutto dov'è ampia la discrezionalità amministrativa).

D'altra parte il controllo del giudice amministrativo già si estendeva, com'è noto, all'eccesso e allo sviamento di potere<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> E' stato evidenziato che anche se parzialmente le su richiamate categorie giuridiche sono state introdotte nel diritto privato soprattutto riguardo al controllo sulle relazioni di potere che si sviluppano all'interno delle imprese nella gestione dei rapporti di lavoro dove a fronte di un potere imprenditoriale, più o meno si può ravvisare un interesse legittimo del lavoratore affinché tale potere si eserciti in modo funzionale, corretto, coerente con i principi generali dell'ordinamento giuridico (cfr. Buffa F. (a cura di), “*Collegato lavoro*” e tutela giurisdizionale Corte Suprema di Cassazione - Quaderni del Massimario, 2011). Si veda Visonà S., *I limiti del controllo giudiziale: clausole generali e certificazione del contratto di*



Nell'ambito del collegato lavoro i poteri datoriali, che non possono essere arbitrari, sono sottoposti a dei limiti, come già si è osservato, ma è proprio la loro verifica ovvero se questi siano stati osservati o si è “*andati oltre*” che il giudice deve indagare. E proprio perchè le clausole generali, tra cui le clausole di correttezza e buona fede, permettono di andare a fondo del problema, sembra, come si evidenzierà, quasi una *contradictio in terminis* riguardo alla questione prospettata in giudizio limitare la loro interpretazione stabilendo che il giudice non può andare oltre il presupposto di legittimità fermandosi al giustificato motivo, alla ragione che l'ha determinata, alla “*iusta causa*” soprattutto alla luce di quanto previsto nei singoli contratti collettivi<sup>189</sup>.

Il giudice, non dimentichiamolo, non deve solo valutare in base alla motivazione, l'esistenza della causa che ha determinato lo specifico provvedimento adottato dal datore di lavoro ma deve valutare soprattutto l'esistenza della *iusta causa*, stante l'inderogabilità della disciplina dei licenziamenti, cioè se quella determinazione contenuta nell'atto sia conforme alla nozione di cui all'art. 2113 c.c. (in materia di rinunzie e transazioni) in ossequio al principio di ragionevolezza e di proporzionalità ovvero *se il caso addebitato sia di entità tale da legittimare il*

---

lavoro, relazione al convegno *Collegato lavoro: come cambia il diritto del lavoro*, Treviso, 22 ottobre 2010.

<sup>189</sup> Secondo Cinelli M., *Dal “Collegato 2010” alle “manovre” dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in Riv.It.Dir.Lav., n. 4/2011, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 559 e ss., nelle clausole generali l'indeterminatezza è per così dire cifra “voluta” proprio perchè si intende che attraverso l'esercizio della giurisdizione, la singola regola venga adattata alla mutevolezza dell'esistenza.

*recesso (in caso di licenziamento), anche tenendo conto dell'elemento intenzionale che ha sorretto la condotta del lavoratore*<sup>190</sup>.

L'esame del giudice deve essere sempre sorretto dai principi di cui sopra perchè è per questa via che il giudice di merito può entrare nella vicenda in modo sostanziale, senza peraltro che ciò significhi doversi avventurare in decisioni strettamente tecniche, organizzative, discrezionali o di tipo economico o che attengono alla strategia aziendale.

Se pensiamo che la giusta causa di licenziamento è una nozione che la legge, allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con una disposizione ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali di limitato contenuto che delinea un modello generico che chiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama e la raffrontiamo alla disposizione di cui alla legge n.

---

<sup>190</sup> Cass.civ.Sez.Lav., 2.3.2011 n. 5095, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); cfr. anche Cass., n. 26260/2004, n. 5103/1998, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); in particolare la Suprema Corte in una questione attinente ad un grave inadempimento imputato al lavoratore ha precisato che il giudizio di proporzionalità o adeguatezza della sanzione dell'illecito commesso – istituzionalmente rimesso al giudice di merito – si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione al concreto rapporto e a tutte le circostanze del caso dovendo tenersi al riguardo in considerazione la circostanza che tale inadempimento deve essere valutato in senso accentuativo rispetto alla regola generale della non scarsa importanza di cui all'art. 1455 c.c. (*il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra*), sicché l'irrogazione della massima sanzione disciplinare risulta giustificata soltanto in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (legge n. 604/1996 art. 3) ovvero tale da non consentire neppure la prosecuzione provvisoria del rapporto (art. 2119 c.c.) (Cass. n. 25743/2007).

183 del 4 novembre 2010, ne viene di conseguenza che l'accertamento del giudice non può fermarsi al loro esame estrinseco ma deve approfondire le ragioni ad essi sottese.

Dunque sembra proprio che dalle previsioni contenute nell'art. 30 della legge n. 183/2010 derivino, fermo restando l'insindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali, grossi problemi allorché il giudice deve valutare l'effettività della scelta operata in concreto dall'imprenditore, ossia se essa sia strumentale o meno al perseguimento di un interesse-scopo diverso da quello che l'ha giustificata ovvero se non rappresenti l'occasione per raggiungere una finalità diversa da quella contenuta nell'atto datoriale.

Tale valutazione deve fondarsi sì su un sindacato di legittimità ma, come è stato giustamente evidenziato, non può non comportare anche una verifica del merito<sup>191</sup> per il fatto che,

---

<sup>191</sup> cfr. Cass.civ., n. 25144 del 13.12.2010 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) secondo la quale *giusta causa di licenziamento e proporzionalità della sanzione disciplinare sono nozioni che la legge, allo scopo di adeguare le norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, configura con disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cosiddette clausole generali, di limitato contenuto e delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è, quindi, deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazione e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, ovvero a far sussistere la proporzionalità tra infrazione e sanzione, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto demandato al giudice di merito e incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici. Pertanto, l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali come quella di cui all'art. 2119 o all'art. 2106 cod. civ., che dettano tipiche "norme elastiche", non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento*

dovendo il giudice applicare le clausole generali – quale ad es. giusta causa o giustificato motivo di licenziamento – al caso sottoposto al suo esame, deve necessariamente compiere tramite esse un’opera interpretativa, *riempitiva*, poiché le clausole generali sono per così dire vuote, sono cioè presupposti di legittimità e quindi tali da lasciare spazi interpretativi al giudice, essendo volutamente nell’intenzione del legislatore norme elastiche che presentano l’assoluta indeterminatezza dei suoi termini: ed infatti come è stato più volte affermato, la loro caratteristica strutturale è proprio l’incompletezza<sup>192</sup>.

E’ compito dunque del giudice operare il loro completamento alla luce dei dati esterni all’ordinamento (standard sociali o regole sociali di condotta) così come dovrà, d’altra parte, anche valutare la correttezza ed il metodo seguito nell’applicazione delle stesse in sede di legittimità: se sono stati rispettati i presupposti per la loro operatività ed anche se sono stati rispettati i criteri e i principi desumibili dall’ordinamento generale (principi costituzionali) e la disciplina particolare anche collettiva in cui le singole fattispecie sottoposte al suo esame si collocano<sup>193</sup>.

---

*generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca.*

<sup>192</sup> Sul punto cfr. Pivetti M., *La tentata elusione dei lavoratori ad avere un giudice*, in Riv.giur.lav.prev.soc., n. 1/2011, Ediesse, Roma, 2011, pag. 156 e ss.. Secondo l’A. così formulata, la norma non dice nulla: se le valutazioni competono al datore di lavoro è tautologico che competono a lui. Ma se si tratta di valutazioni in qualche modo o misura regolate dalla legge, sia pur con clausole generali, è altrettanto ovvio che non può essere precluso il sindacato del giudice sulla loro conformità alla legge anche se quest’ultima è formulata con clausole generali.

<sup>193</sup> cfr. sul punto Breccia U., *Clausole generali e ruolo del giudice*, in Mazzotta O. (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del*

Di recente è stato opportunamente evidenziato<sup>194</sup> che, a prescindere dall'esatto inquadramento della categoria cui il legislatore ha inteso fare riferimento, quella che viene definita clausola generale (ma che in effetti integra un concetto normativo, una norma elastica, ecc.) indiscutibilmente rientra a pieno titolo nel novero delle *disposizioni di legge* che lo stesso art. 30 esplicitamente richiama.

Dunque, se in presenza di una di queste fattispecie aperte, ma pur sempre legali, il giudice deve limitare il controllo all'esistenza del *presupposto di legittimità*, ebbene in quel presupposto deve ritenersi compresa la stessa clausola generale che, come tale, andrebbe necessariamente interpretata ed applicata al caso di specie con gli stessi risultati di incertezza che il legislatore ha inteso eliminare. Il che riconduce sostanzialmente l'interprete al punto di partenza.

In altre parole si è detto che, nel valutare ad esempio se sussistono le ragioni tecnico-organizzative e produttive per l'assunzione a tempo determinato di un lavoratore, il giudice sarebbe chiamato esclusivamente a domandarsi se la ragione dichiarata dal datore di lavoro si pone in contrasto con una disposizione di legge (per esempio perchè discriminatoria) o se essa corrisponde al motivo per cui ha effettivamente assunto il

---

*lavoro*, Giappichelli, Torino 2008, pag. 5 e ss..

<sup>194</sup> v. sul punto Palmieri S., *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali* – Consiglio Superiore della Magistratura – tirocinio e formazione professionale, Corte di Appello di Napoli – Ufficio del Referente per la Formazione Decentrata – Incontro di studi sul tema *Giustizia del lavoro e legge n. 183 del 2010* – Relatore: Dott. Sergio Palmieri, in collaborazione con il Centro Nazionale Studi di diritto del lavoro “Domenico Napoletano”, Napoli, 4 marzo 2011.

lavoratore.

Una volta accertata tale corrispondenza, anche se quel motivo fosse del tutto irragionevole, contraddittorio o persino, secondo alcuni, fondato su criteri scientifici del tutto inattendibile, il giudice non potrebbe che “convalidare la scelta”.

Tale soluzione finirebbe per relegare il giudice ad una funzione *lato sensu* notarile a fronte di una giustificazione dell'atto datoriale che da oggettiva diventerebbe “soggettiva”, interna al suo volere, così da ricondurre l'atto, in realtà, ad un provvedimento arbitrario “*ad nutum*”<sup>195</sup>.

Le clausole generali assumono particolare importanza nel settore delle relazioni di lavoro: esse richiamano l' interprete al non facile compito di qualificare realtà nuove ed in continuo movimento trattandosi di categorie “ aperte” che aprono intenzionalmente il discorso giuridico a valutazioni sociali diffuse e tali da cogliere ed interpretare caso per caso lo spirito dei tempi<sup>196</sup>.

Nell'ambito dell'art. 30 della L. 183/2010, l'espressione *clausole generali* è stata volutamente utilizzata dal legislatore in senso lato e atecnico come tramite finalizzato alla comunicazione tra l'ordinamento giuridico e il sistema economico sociale.

La tecnica di normazione per clausole generali dovrebbe quindi esaltare il ruolo del giudice nel controllo di legittimità<sup>197</sup> di una

---

<sup>195</sup> Sul punto v. Alleva P., *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it)

<sup>196</sup> Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali* in Riv.crit.dir.priv.,1987, Jovene, Napoli, pag. 709 e ss

<sup>197</sup> cfr. Tiraboschi M., *Clausole generali, onere della prova...*, op. cit. , pag. 31 e ss

determinata scelta aziendale attraverso la verifica della esistenza, nel caso concreto, delle condizioni poste ex ante dalla normazione inderogabile di legge e/o dai contratti collettivi<sup>198</sup>.

Quando, dunque, un fatto è regolato dalla legge con una norma formulata come clausola generale, non si può pensare che il giudice possa esimersi dall'obbligo di accertare il fatto e nell'accertarlo, verificarne la conformità alla norma e quindi, in sintesi, esimersi dall'interpretazione di quest'ultima.

Trattandosi di norma elastica, interpretare ed applicare una clausola generale significa tradurla in un precetto concreto facendo riferimento ai valori tutelati e ai principi espressi dall'ordinamento e dalla natura delle cose<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Tuttavia, secondo la Cassazione, l'opera valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare clausole generali (come ad es. quella contenuta nell'art. 2119 cc in materia di recesso per giusta causa) non sfugge ad una valutazione in sede di legittimità cfr. Cass.civ. Sez.Lav., 13 agosto 2008, n. 21575, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo la quale *è censurabile il metodo applicativo seguito dal giudice di merito che..nel valutare la legittimità del licenziamento ...abbia ritenuto eccessiva la sanzione disciplinare irrogata così sindacando il potere imprenditoriale di graduazione senza far riferimento ad alcuna norma di diritto o clausola contrattuale o motivare l'irragionevolezza della scelta imprenditoriale, nel contempo ignorando specifiche violazioni delle regole sul maneggio di denaro, desumibili dal d.lgs.n. 385 del 1993 e sostituendolo con non meglio specificate regole di buon senso, idonee ad assicurare la conservazione del denaro dei clienti e della banca"*

<sup>199</sup> Si pensi ad esempio ad un lavoratore che si rivolge al giudice deducendo la violazione da parte del datore di lavoro nell'esercizio del suo potere, di una clausola generale ( per es. giusta causa o giustificato motivo di licenziamento). Il giudice dovrà accertare se tale atto di esercizio del potere datoriale abbia o meno violato la norma di legge che contiene tale clausola generale e per fare ciò deve necessariamente interpretarla. Ove ciò non facesse, il giudice si porrebbe in contrasto con il principio costituzionale di soggezione del giudice solo alla legge (art. 101 comma 2 Cost.) ma anche con il principio che afferma il diritto delle parti di un rapporto di lavoro di adire il giudice per far valere i diritti scaturenti da tale rapporto e implicanti ovviamente il loro diritto a che il giudice riconosca loro i diritti che la legge ad essi attribuisce ( art. 24 Cost.) e ,infine, con il principio del giusto processo ( art. 111 Cost.) non potendo considerare giusto il processo nel quale è precluso al giudice di applicare la legge. Sul punto vedi anche Ferraro G., *Il controllo giudiziale...*, op.cit. pag.15 e ss.

Si pensi ad esempio al caso del trasferimento del lavoratore da una unità produttiva ad un' altra; la Cassazione<sup>200</sup> ha affermato che in sede di controllo di legittimità del trasferimento di un lavoratore, il giudice, tenuto alla verifica della sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive che lo consentono, deve accertare che esse non siano frutto di determinazioni irragionevoli contrarie agli obblighi di correttezza e buona fede; deve cioè effettuare un controllo di legittimità sulla *determinazione* del datore di lavoro.

La funzione del giudice del lavoro, come è stato autorevolmente affermato, non può essere solo una mera verifica di legittimità dei comportamenti.

Giova dunque ripetere che la presenza delle c.d. clausole generali implica necessariamente una valutazione di merito della questione oggetto della controversia<sup>201</sup>.

Deve ritenersi peraltro, come è stato evidenziato, che la limitatezza della attività interpretativa-valutativa del giudice operata dalla norma (art. 30 L. 183/2010) dimostrerebbe la sua illogicità per il fatto che, dal momento che il legislatore fa un

---

<sup>200</sup> Cass.civ. Sez. Lav., 02.03.2011, n. 5099, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo cui il controllo delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, deve essere diretto ad accertare se vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal lavoratore e le finalità tipiche dell' impresa (...*"in sede di controllo di legittimità del trasferimento del lavoratore da una unità produttiva ad un' altra, il giudice tenuto a verificare la sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive che lo consentono, deve accertare che esse non siano frutto di determinazioni irragionevoli contrarie agli obblighi di correttezza e buona fede..... mentre non è consentito al giudice censurare le scelte concernenti l' unità produttiva dalla quale trarre il sostituto e la persona destinata al relativo compito, trattandosi di manifestazioni del potere organizzativo riservato all' imprenditore cui esclusivamente spetta di valutare l'apporto di un determinato collaboratore nella nuova sede.."*)

<sup>201</sup> Ferraro G., *Il controllo giudiziale...*, op.cit. pag. 15 e ss



espresso rinvio alle clausole generali, ciò implica una “delega alla discrezionalità del giudice”; ed in assenza di tale delega non vi sarebbe una clausola generale (o norma elastica).

Il giudice, che ha l’obbligo di accertare il fatto e verificarne la conformità o meno alla norma di legge, sia pur formulata come clausola generale, non può non stabilire se l’atto datoriale rappresenta o meno violazione di quest’ultima ovvero della norma di legge che la contiene ma per verificare ciò deve necessariamente interpretarla!

I due momenti sono parte inscindibile di uno stesso giudizio, saldamente intrecciati dal momento che vi può essere violazione di legge anche quando la norma di legge contiene una clausola generale<sup>202</sup>.

C’è da dire, tuttavia, che nel momento in cui il giudice procede nell’opera interpretativa per quanto riguarda il contenuto da attribuire alla norma, dovrà necessariamente operare una valutazione di elementi e di fatti determinanti per l’esito del giudizio, non discrezionali ma certamente collegati a criteri giuridici, standard, comportamenti e regole sociali di condotta e non a criteri economici.

Dunque, per quanto riguarda il fatto che ha determinato (legittimato) l’atto datoriale regolato da una clausola generale, il giudice non valuterà solo la sua esistenza ma anche la *iusta causa*, il rapporto sottostante, le condizioni che l’hanno determinata e l’osservanza dei principi giuridici di

---

<sup>202</sup> cfr. Pivetti M., *La tentata elusione del diritto del lavoratore ...*, op.cit., pag. 154 e ss.

ragionevolezza, proporzionalità e anche di correttezza e di buona fede (che peraltro sono clausola generale di fonte legislativa – artt. 1175, 2598 n. 3, 1337, 1358, 1366, 1357, 1460 comma 2 c.c. e art. 2 Cost.).

In dottrina<sup>203</sup> vi è l'idea che, se il ruolo del giudice è orientato prevalentemente ad una verifica di conformità dei comportamenti aziendali alla legislazione vigente, tale vincolo non può non essere completato anche dalla interpretazione e conseguente applicazione delle clausole generali che, in quanto tali, richiedono necessariamente una valutazione, una ponderazione di merito circa la ammissibilità, congruità, correttezza, proporzionalità e razionalità delle scelte imprenditoriali<sup>204</sup> rispetto alla specifica vicenda verificatasi nella realtà e portata in giudizio.

---

<sup>203</sup> Ferraro G., *Il controllo giudiziale...op. cit.*, pag. 8 e ss..

<sup>204</sup> Tale vincolo non può che comportare, a ben vedere, una discrasia tra esame di legittimità ed esame di merito che, a pensarci bene, non possono che rappresentare sempre, parlandosi di clausole generali, un *unicum*. Pretendere che il giudice, nell'interpretare le clausole generali si limiti ad una valutazione di mera legittimità è una contraddizione in termini e vanifica il valore delle clausole generali: esse infatti hanno un senso solo nel caso in cui l'ordinamento giuridico demanda all'autorità giudiziaria il compito di valutare, in termini di giustizia sostanziale, e tenendo conto, come già detto, della molteplicità degli interessi implicanti, le operazioni e scelte aziendali. Pertanto, non si può prescindere da un approfondimento a tutto tondo dell'atto o del comportamento dell'imprenditore, delle sue motivazioni e della rispondenza causale tra questa e il provvedimento adottato, della credibilità tecnica della decisione, in sintesi dell'adeguata ponderazione e comparazione complessiva degli interessi implicati, protetti e tutelati dalla legislazione vigente. cfr. Ferraro G., *Il controllo giudiziale...op. cit.* pag.8 e ss. Sul punto vedi anche Scarpelli F., *Giurisdizione, tutela dei diritti e arbitrato: l'ossessione del legislatore di centro-destra* in *Note informative 2010*, n. 47 secondo cui *...il sindacato di legittimità comporta sempre inevitabilmente anche una verifica di merito, riguardante in primo luogo la verità ed effettività delle ragioni organizzative (o degli altri presupposti di legittimità adottati dal datore di lavoro) e la coerenza tra le stesse e il ricorso all'istituto utilizzato (in termini di nesso di causalità, di congruità, della ragione quale giustificazione del provvedimento di gestione del rapporto di lavoro ecc..)*

Secondo recentissima dottrina<sup>205</sup>, il dichiarato scopo del Legislatore con l'art. 30 comma 1 L. 183/2010, è stato quello di diminuire il ricorso alla giustizia del lavoro con uno strumento destinato ad incidere nel momento per così dire "patologico" dell'insorgere delle controversie tra le parti senza però tener conto che le clausole generali non sono norme giuridiche ma *espressioni linguistiche o sintagmi che sono contenute in norme giuridiche con le quali il Legislatore costituisce delle fattispecie aperte e intenzionalmente indeterminate così conferendo al giudice un potere integrativo o di integrazione valutativa ....il giudice pone in essere cioè giudizi di valore del tutto diversi da quelli compiuti normalmente nell'applicazione delle norme rigide.*

Ciò che distingue infatti, la norma elastica nella quale sono contenute clausole generali, dalla norma rigida consiste nella voluta indeterminatezza dei fatti riconducibili alla previsione normativa con la conseguenza che l'atto giudiziale di sussunzione comporta, eccezionalmente, una opzione e non una semplice ricognizione<sup>206</sup>.

Il legislatore quindi, nel formulare l'art. 30 comma 1 L. 183/2010 sembra aver dimenticato come la nozione di "clausola generale" così come quella di "norma elastica" e di "concetto giuridico indeterminato" rientra tra le espressioni giuridiche contenute in

---

<sup>205</sup> Benassi G., *Clausola generale e giudice del lavoro: l' art. 30 comma 1 , della legge 183 del 2010 - Relazione tenuta nel corso dell' Incontro del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Prospettive interpretative della legge 183 del 2010- Collegato lavoro", Roma , 11-13 luglio 2011*, in Argomenti di diritto del lavoro, n. 1/2012, Cedam, 2012, pag. 92 e ss

<sup>206</sup> Benassi G., *Clausola generale*, op. cit. pag. 96

norme di legge dotate di una certa genericità che, per tale motivo, necessitano di una opera di specificazione da parte del giudice che è chiamato a darvi applicazione<sup>207</sup>.

L'opera di riconduzione del fatto concreto alla clausole generale non può prescindere dalla completa ricostruzione del fatto storico; nell'applicazione al caso concreto di una clausola generale elastica, il giudice infatti partecipa alla formazione del concetto giuridico e della regola di diritto con la conseguenza che il sindacato di legittimità non può esaurirsi nella sola verifica della legittimità della scelta datoriale ma dovrà estendersi alla sussunzione non già come di regola avviene, del fatto concreto nella norma (già data) ma, trattandosi di clausole generali, nella "concretizzazione della clausola attraverso il giudizio di fatto il cui compito è quello di "riempirne" il contenuto"<sup>208</sup>.

Tale operazione non può di certo prescindere da una completa ed esaustiva ricostruzione dalla fattispecie concreta.

Ed infatti, in tema di norme elastiche e clausole generali la genericità del precetto comporta quale effetto automatico e necessario, una dilatazione della attività interpretativa del giudice

---

<sup>207</sup> Simenone L., *La nozione di giusta causa: norme elastiche e poteri interpretativi del giudice di legittimità* in Resp.civ. e prev., n. 11/2011, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 2313 e ss

<sup>208</sup> Come è stato autorevolmente chiarito dalla dottrina, nell'interpretare ed applicare le clausole generali, il meccanismo della sussunzione opererebbe alla rovescia: mentre per le norme che non contengono clausole generali è il "fatto concreto" che va sussunto nella "norma" (già data), in presenza di clausole generali è il "giudizio di fatto" (espresso sulla base di parametri extra legali: "principi dell'etica e del costume", "canoni estetici", "regole economiche") a riempire il contenuto e a "concretizzare" "la clausola generale. D'Amico G., *Note in tema di clausole generali*, in In Iure Praesentia, 1989, pag. 438 citato da Velluzzi V., *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in Etica e Politica, 2006, pag.1 [http://www.units.it/etica2006\\_1/VELLUZZI.htm](http://www.units.it/etica2006_1/VELLUZZI.htm).;

il quale in primo luogo deve ricostruire la fattispecie storica (**questio facti**) portata alla sua attenzione per poi solo in un secondo momento, sussumere quella medesima fattispecie in quella astratta che può essere ricavata in via interpretativa dalla clausola generale (**questio iuris**)<sup>209</sup>.

Si tratta di una operazione che presuppone la tipizzazione della elasticità della norma (definizione del contenuto normativo della clausola generale) e la sussunzione nell'ambito del contenuto normativo così delineato, della fattispecie come ricostruita dal giudice di legittimità<sup>210</sup>.

In tema di clausole generali, proprio la giurisprudenza del lavoro<sup>211</sup> ritiene che le clausole generali siano norme o parti di norme elastiche indeterminate per cui, per poterne individuare il significato, è necessaria una loro integrazione da parte del giudice (c.d. concretizzazione) che si traduce in un giudizio di valore che può essere compiuto sulla base di svariati criteri in talune occasioni denominati "standard".

Il legislatore infatti, allo scopo di adeguare il contenuto di una norma alle svariate e mutevoli esigenze della realtà da disciplinare, utilizza precetti generici e polivalenti destinati ad essere specificati in sede interpretativa.

A volte egli può adottare espressioni di carattere generale il cui contenuto esprime un concetto con un proprio significato che

---

<sup>209</sup> Benassi G., *Clausola generale e giudice del lavoro*, op. cit. pag. 96 e ss

<sup>210</sup> D'Amico G., *Note in tema di clausole generali*, op.cit.; Benassi G., *Clausola generale*, op.cit.

<sup>211</sup> Fra le tante v. Cass.civ. Sez. Lav. n. 25144 del 13.12.2010; n. 18247 del 12.8.2009 in tema di licenziamento per giusta causa, entrambe in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

tuttavia richiede, di volta in volta, di essere esplicitato mediante l'attività interpretativa-applicativa del giudice (buona fede, correttezza, diligenza del buon padre di famiglia, le cui nozioni devono essere ricavate dal giudice sulla base di una indagine che deve tener conto della comune sensibilità sociale, del contesto ambientale e delle reazioni emotive delle persone, cioè di fattori mutevoli nel tempo: c.d. clausole generali in senso proprio).

In altre situazioni invece, il Legislatore, pur definendo la nozione che intende esprimere, utilizza espressioni necessariamente ampie che quindi demandano al giudice il compito di specificare il contenuto della norma valorizzando sia fattori esterni quali la coscienza sociale sia principi che la stessa disposizione richiama<sup>212</sup>.

Il giudice quindi deve compiere prima di tutto una valutazione per così dire di "merito" ricostruendo la fattispecie portata al suo esame (giudizio di fatto) e solo in un secondo momento sussumere tale fattispecie nella clausola generale che viene così "riempita" di contenuto (giudizio di diritto).

Il legislatore, con la norma in commento cerca quindi di ridurre, in tema di esercizio dei poteri datoriali nella gestione dei rapporti di lavoro, lo spazio interpretativo che egli stesso riserva al giudice quando si avvale di clausole generali.

Presupposto non dichiarato ma implicito di tale opzione

---

<sup>212</sup> Benassi G., *Clausola generale*, op.cit. pag. 97; Tale è ad esempio il caso della giusta causa di recesso che, pur essendo genericamente definita dall'art. 2119 Cod.civ., come il sopravvenire di una causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto, richiede ai fini applicativi una complessa attività interpretativa da parte della giurisprudenza per individuare e qualificare quali casi e quali situazioni possono integrare la nozione legale di giusta causa.

legislativa è quindi una visione riduttiva della attività interpretativa del giudice cui dovrebbe attribuirsi natura puramente dichiarativa.

Il compito dell'interprete (giudice) sarebbe limitato quindi alla mera sussunzione logica della fattispecie concreta sotto una regola legale in ossequio al principio della completezza legislativa: il giudice (di legittimità) del lavoro dovrebbe essere ricondotto al modello di giudice puro, chiuso nella sua torre d'avorio, ossia chiuso al mondo dei valori ed insensibile alle istanze morali, sociali e politiche<sup>213</sup>.

---

<sup>213</sup> Come ha evidenziato Benassi, *Clausola generale*, op.cit. pag. 100 e ss, ciò che teme l'attuale legislatore, infatti, è che la valorizzazione delle clausole generali potrebbe comportare il riconoscimento di maggiori poteri al giudice del lavoro, il quale finirebbe, così, per arrogarsi il diritto di trovare egli stesso i contenuti concreti di queste regole, effettuando in tal modo scelte affidate dal sistema democratico al legislatore, sola espressione della volontà popolare e, anche, sostituendosi all'imprenditore nel compiere gli atti di gestione dell'attività economica incidenti sull'occupazione e sui rapporti di lavoro. Viene, così, evocato il pericolo di un giudice del lavoro che utilizza la particolare morfologia delle clausole generali per giudicare in assoluta libertà ed arbitrio, occupando spazi riservati all'autonomia privata e violando il cosiddetto principio di certezza del diritto, inteso come prevedibilità e calcolabilità della regola del caso concreto, nel tentativo di esorcizzare il rischio di una degenerazione dello Stato di diritto in uno Stato giustizialista. Ma il Legislatore sembra non aver tenuto conto che la giurisprudenza ha sempre fatto un uso molto limitato degli spazi interpretativi derivanti nell'applicazione delle norme elastiche, al punto da ritenere, almeno in una prima fase, che una clausola generale può dirsi violata solo quando è congiuntamente violata una regola espressa contenuta in una diversa disposizione di legge (Guarneri A., *Clausole generali*, in Digesto, Disc., prev., Sez.civ., II, Utet, Torino 1998, pagg. 403 e ss.). A tale proposito è sufficiente osservare che, almeno in un primo tempo, era in prevalenza negato ogni rilievo giuridico autonomo al principio di buona fede e correttezza, ritenendosi che la violazione dei doveri di buona fede e correttezza, ove non considerati in forma primaria da una norma, costituisse solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. E solo in epoca più recente si è, invece, consolidato l'orientamento secondo cui la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, essendo uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e formando oggetto di un vero e proprio dovere giuridico (che viene violato anche qualora il comportamento tenuto da una delle parti non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto

## **CAPITOLO II**

### **LIBERTA' DI INIZIATIVA ECONOMICA**

### **PRIVATA, ABUSO DEL DIRITTO, TECNICHE DI**

### **TUTELA**

---

della buona fede), costituisce una possibile fonte di responsabilità, di guisa che la violazione del dovere di comportamento imposto dal principio di buona fede è già di per sé inadempimento comportabile l'obbligo di risarcire il danno conseguente alla violazione medesima (Sorrentino S., *Giudizio di buona fede e rapporto di locazione*, nota Cass. 11 febbraio 2005 n 2855, in Giur.It., 2005, pag. 1812). E la stessa giurisprudenza del lavoro, prevenendo le preoccupazioni giustizialiste del Legislatore, ha, da tempo e per sua spontanea opzione, riconosciuto la non sindacabilità da parte del giudice ordinario delle scelte di merito operate dall'imprenditore, affermando che, ai sensi dell'art. 41 Cost., il controllo di legalità non può infierire sul libero esercizio dell'autonomia imprenditoriale.

Il Legislatore sembra, poi, ignorare che anche il codice civile è imperniato su alcune regole essenziali, che contengono il rinvio a clausole generali (ad. es. il principio di buona fede e correttezza) e quindi che tutto il sistema civilistico implica una continua integrazione e commistione di regole casistiche e clausole generali e che, come è stato osservato, *sul piano applicativo ... in termini di certezza ... il ricorso alla tipizzazione o ad altri espedienti interpretativi che, in quanto tali, precludono la possibilità stessa di un loro riconoscimento, non garantisce un risultato migliore dell'applicazione di una clausola generale*, posto che *pericoli per la certezza infatti possono derivare con buona pace per la giurisprudenza dei concetti non solo da un antiformalismo palese e dichiarato, ma altresì da un antiformalismo occulto* (Guarneri A., op. cit., par. 5). Del resto, il nostro ordinamento giuridico è ampiamente permeato da clausole generali che si rinvencono nel codice civile, quali la buona fede, il buon costume, l'ordine pubblico con il suo sottotipo dell'ordine pubblico economico, l'equità, gli interessi meritevoli di tutela; alle quali occorre aggiungere le clausole generali della Costituzione, come la solidarietà, l'utilità sociale, i principi della Costituzione; e ancora al di là delle fonti scritte l'abuso del diritto, il piano economico, la produttività e altre (Guarneri A., op. cit., par. 3). Né, infine, va dimenticato che sembra maggiormente incisiva, proprio sul piano sostanziale, una giurisprudenza che, anziché limitarsi a certificare su un piano quasi notarile la correttezza formale della condotta delle parti in causa, come forse vorrebbe il Legislatore del Collegato, si spinga invece, utilizzando gli ordinari strumenti interpretativi, a ricercare l'effettivo e reale significato delle questioni portate alla sua attenzione e, anziché chiudersi in una sorta di "torre d'avorio", sia invece aperta a cogliere l'effettiva portata dei precetti costituzionali e delle normative speciali così esercitando i poteri di interpretazione che gli sono propri con la capacità di trarre, nell'applicazione delle clausole generali, anche quei giudici di valore che sono sottesi agli interventi normativi.



## **1. La dignità del lavoratore tra subordinazione e libertà di iniziativa economica del privato datore di lavoro**

Per “tutela dei diritti “ si intende la difesa del diritto di fronte alla sua violazione o al solo semplice pericolo di essa.

In base al principio di *effettività del diritto* - principio cardine del nostro ordinamento - la garanzia dell'applicazione del diritto implica ineludibilmente anche la garanzia della tutela dei diritti riconosciuti dall' ordinamento.

La Carta Costituzionale, oltre che per il suo carattere rigido (nel senso che può essere modificata solo con la procedura di revisione prevista dall' art. 138 Cost.<sup>214</sup>), si caratterizza per il fatto che tutela le tradizionali libertà dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri che potrebbero ad esse attentare ma anche i diritti e le posizioni che non si identificano con le libertà ma si riferiscono a materie e ad istituti che rientrano nell'area del diritto civile<sup>215</sup>: si pensi ad esempio al Titolo III che si occupa dei “rapporti economici” e che tutela i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (art. 36 Cost – diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, al riposo settimanale, alle ferie

---

<sup>214</sup> *Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata, se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere e a maggioranza di due terzi dei suoi componenti.*

<sup>215</sup> Di Majo A., *La tutela civile dei diritti, III, Seconda ed*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 23

annuali retribuite), ai diritti della donna lavoratrice (art. 37 Cost.); al diritto dei sindacati ad organizzarsi liberamente (art. 39 Cost.); al diritto di sciopero; al diritto di libertà di iniziativa economica ed alla sicurezza, libertà e dignità umana (art. 41 commi 1 e 2 Cost.).

A questi diritti poi si aggiungono il diritto allo sviluppo della personalità dell'individuo (artt. 2 e 3 Cost.), quello più generale all'uguaglianza (art. 3 Cost.), il diritto alla salute inteso in senso proprio (art. 32 Cost.).

Mentre nella legislazione pre-vigente la tutela civile della persona figurava in modo riduttivo, a volte come semplice riflesso della tutela penale (le forme di tutela erano limitate al diritto all'integrità fisica, al nome e all'immagine), oggi invece, grazie alla più ampia previsione costituzionale contenuta nell'art. 2 Cost. si è andato affermando e consolidando l'idea che la tutela della persona va intesa come tutela di tutti quei valori che direttamente o indirettamente si riconducono alla dignità umana<sup>216</sup>.

La tutela civile dei diritti trova quindi il suo fondamento non più solo nel codice civile ma anche nelle norme della Costituzione la quale dunque offre un contenuto alle numerose clausole generali sparse nel codice civile (es. buona fede e correttezza - 1175, 1375 cc).

Dal momento che alla base della Costituzione non ci sono solo i rapporti tra i pubblici poteri e il cittadino ma anche quelli tra

---

<sup>216</sup> Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*..op.cit. pag. 25 e ss.

cittadini, di conseguenza vi sono i diritti costituzionalmente tutelati appartenenti a cittadini che ad opera di altri cittadini possono essere violati o subire un pregiudizio.

Attentati e violazioni alle libertà del cittadino protette dalla Costituzione infatti possono provenire non solo dal pubblico potere che ha i mezzi coercitivi per incidere sulle stesse ma anche, nell'evoluzione moderna dei rapporti sociali, sempre più complessi, dai *soggetti privati titolari di poteri o di situazioni di supremazia* sia di fatto che di diritto rispetto ad altri privati *sottoposti* ai primi.

Vediamo che in numerosi contesti sociali quella posizione di parità dei privati espressa dal rapporto giuridico (che esprime per definizione la situazione di parità in cui si trovano entrambe i soggetti del rapporto) su cui aveva fatto affidamento la tutela civile, è entrato in crisi<sup>217</sup>: basti pensare al rapporto intercorrente tra colui che è capo della impresa e i suoi collaboratori. L'imprenditore, per definizione dello stesso codice civile (2086 c.c.), è capo della impresa ed è dotato certamente di un potere di supremazia sui collaboratori. In una visione ampia e realistica dei rapporti di forza e di potere il Costituente ha sancito l'esigenza di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo non solo nei rapporti tra singoli ma anche nelle formazioni sociali<sup>218</sup> delle quali esso è parte. Un problema questo la cui risoluzione si è concretizzata nel principio espresso dall'art. 2 Cost., in base al quale le libertà

---

<sup>217</sup> Di Majo A., *La tutela civile dei diritti...* op.cit. pag. 26 e ss

<sup>218</sup> Cfr. Nigro M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo settore*, in *Politica del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 1975

e i diritti inviolabili dell'uomo vanno tutelati non solo nei riguardi dello Stato e degli altri pubblici poteri ma anche, com'è stato evidenziato, nei riguardi *dei privati investiti di potere ossia di quei privati che appaiono dotati di poteri di supremazia ossia di poteri "preminenti" in ordine alla condizione di altri soggetti che, in certa misura, appaiono rispetto ai primi sottoposti*<sup>219</sup>.

Le norme costituzionali in altri termini hanno efficacia diretta anche nei rapporti tra *cives*.

I poteri privati "di supremazia" non sono poteri assolutamente discrezionali e arbitrari e devono rispettare, oltre che la libertà e i diritti costituzionalmente garantiti di coloro che sono "sottoposti" al potere, anche gli interessi costituzionalmente rilevanti di questi ultimi: l'esercizio del potere pertanto è sindacabile e soggetto a controllo, le forme di tutela dovranno essere quelle della invalidazione di atti di esercizio del potere riconosciuti come "abusivi" o dettati da "eccesso" per le finalità tramite di esso perseguite.

Le prerogative datoriali sono circoscritte entro una cornice rigida di legittimità che, nel bilanciamento tra la tutela della personalità pretesa dal principio c.d. personalista<sup>220</sup> e la libertà di iniziativa

---

<sup>219</sup> Di Majo A., *La tutela civile dei diritti...* op.cit. pag. 29 e ss

<sup>220</sup> Il principio personalista, solennemente consacrato dall'art. 2 della nostra Costituzione, esprime l'indiscussa supremazia dell'uomo sull'ordinamento giuridico-statale nel senso che è lo Stato ad essere funzionale all'uomo e non viceversa. L'esigenza del rispetto e della valorizzazione dell'essere umano segna l'inizio e diviene il presupposto del costituzionalismo che pone l'ideale della libertà come perno dell'ordinamento politico e fine ultimo al quale i poteri pubblici vengono integralmente funzionalizzati. Prima nello Stato liberale e poi in quello democratico-sociale, si va affermando l'idea che scopo primario della organizzazione statale sia lo sviluppo e la tutela della persona umana e la garanzia dei diritti inviolabili (si pensi ad. es. al diritto inviolabile di libertà tutelato da una

economica costituzionalizzata dall'art. 41 comma 1 Cost., riflette il grado di compromissione della personalità che l'ordinamento considera accettabile nel contesto della subordinazione<sup>221</sup>.

Nella costruzione storica del diritto del lavoro un ruolo determinante ha infatti assunto il rilievo della “persona del lavoratore” che emerge dalla contrapposizione tra autorità e libertà immanente nella struttura stessa del rapporto di lavoro al cui interno vengono esercitati i poteri direttivi, di vigilanza e disciplinare del datore di lavoro.

Alla subordinazione c.d. tecnica si affianca spesso anche quella socio-economica determinata dalla mancanza presso il prestatore di lavoro subordinato di una propria organizzazione con conseguente natura strettamente personale del lavoro<sup>222</sup>:

---

riserva di legge rinforzata con la quale il Costituente mira a definire l'ambito nel quale l'esigenza di tutela degli individui è il limite per l'esercizio del potere politico, con ciò proclamando la priorità dell'uomo e la centralità del principio personalista).

L'art. 2 Cost., che si colloca tra i principi fondamentali della nostra Costituzione è strettamente legato da un lato all'art. 1 Cost. nella parte in cui afferma che *l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro* in quanto il lavoro è inteso come strumento per lo sviluppo e la realizzazione personale dell'individuo. Inoltre attraverso le proprie capacità lavorative, l'uomo contribuisce allo sviluppo della società adempiendo così ai doveri di solidarietà sociale, politica ed economica (c.d. principio di solidarietà); e dall'altro al principio di eguaglianza sostanziale espresso dall'art. 3 Cost., che lo Stato deve perseguire rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale. L'art. 2 Cost., quindi filtra il pieno sviluppo della personalità umana attraverso percorsi di integrazione e di partecipazione sociale. Sicchè sia da una prospettiva interna alla norma costituzionale sia da una prospettiva esterna ossia rapportata ad altri articoli della Costituzione, il principio personalista si presenta come il fulcro del sistema democratico e l'essenza del costituzionalismo.

<sup>221</sup> I diritti che hanno ad oggetto i beni immateriali dell'uomo, manifestazioni concrete della personalità, sono patrimonio irretrattabile della persona umana e la loro effettività è il fine dell'ordinamento. Sul principio personalistico e sulla sua traduzione nell'ordinamento cfr Perlingieri P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972

<sup>222</sup> Cfr. Mazziotti F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974.

dall'impossibilità di scindere il lavoro dal soggetto che lo presta deriva che l'obbligo di svolgimento della attività lavorativa comprime la pienezza della proiezione esterna delle inclinazioni e dei valori che identificano il lavoratore come persona.

Secondo l'art. 2094 c.c., il perseguimento degli scopi dell'organizzazione datoriale se da un lato legittima l'esercizio del potere direttivo e disciplinare (2104, 2106 c.c.) del datore di lavoro, dall'altro determina il sorgere di obblighi di diligenza e fedeltà (2104, 2105 c.c.) del prestatore di lavoro<sup>223</sup> che incidono sulla pienezza delle manifestazioni dei suoi diritti fondamentali i quali subiscono, nel rapporto di subordinazione, "una condensazione del contenuto costituzionalmente tutelato"<sup>224</sup>.

Nella Costituzione la personalità non è una mera soggettività ma anche una struttura di valore<sup>225</sup> che definisce l'aspetto etico della persona ed è sottratta alla relazione di scambio posta alla base del rapporto di lavoro e rispetto alla quale il potere datoriale non solo deve arrestarsi ma deve anche piegarsi ad una istanza di tutela.

Ed è proprio attraverso questa struttura di valore della persona espressa dall'art. 41 comma 2 Cost. (L'iniziativa economica privata *non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*) che il costituente contrappone alla libertà di iniziativa

---

<sup>223</sup> Cfr. sul punto Fiorillo L., *Obblighi del lavoratore*, Estratto dal Dig. Disc. Priv., Sez. Commerciale - Aggiornamento, Utet giuridica, Torino, pag. 20 e ss

<sup>224</sup> Così Lamas R., *Diritti fondamentali e contratti di lavoro*, in Arg.dir.Lav., 2/2004, Cedam, Padova, 2004, pag. 443 e ss.. Peraltro l'azienda in quanto formazione sociale suscettibile di costituire un ostacolo alla manifestazione della personalità limita le prerogative fondamentali del prestatore di lavoro

<sup>225</sup> Mengoni L., *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in Riv.trim.dir.Proc.civ., Giuffrè, Milano, 1982

economica espressa dall'art. 41 comma 1 Cost. (*L'iniziativa economica privata è libera*) il carattere dell'assoluta inviolabilità della “dignità umana”<sup>226</sup>.

Questa istanza di tutela si manifesta in tutte quelle situazioni nelle quali si svolge il dominio, simbolico o reale di un soggetto, organizzazione o istituzione, su un altro soggetto che si pone nei

---

<sup>226</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., n. 18278 del 5.8.2010, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo la quale *il dovere del datore di lavoro di non porre in essere condotte che possa pregiudicare la sicurezza, la libertà e la dignità umana del lavoratore discende direttamente dai principi generali dell'ordinamento giuridico ed è comunque specificamente previsto dall'art. 41 della Carta Costituzionale, il cui effetto immediatamente percettivo non può essere revocato in dubbio, e dal quale direttamente promana la disposizione codicistica di cui all'art. 2087 c.c. ... la Corte territoriale ha rilevato in buona sostanza come l'esercizio del potere organizzativo da parte del datore di lavoro (fra cui rientra l'adozione di tutti quei provvedimenti finalizzati ad una migliore coesistenza delle diverse realtà operanti sul posto di lavoro), quand'anche basato sull'intenzione, in linea di principio apprezzabile, di evitare conflittualità nell'ambiente di lavoro, non può essere esercitato, concretamente, in maniera da pregiudicare la posizione e le condizioni di lavoro dei singoli dipendenti. Infatti, se pure al datore di lavoro faccia capo la facoltà di predisporre, anche unilateralmente, sulla base del potere di organizzazione e di direzione che gli compete ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., norme interne di regolamentazione attinenti all'organizzazione del lavoro nell'impresa, tale potere non è privo di limiti, occorrendo a tal fine che il suo esercizio sia effettivamente funzionale alle esigenze – tecniche, organizzative e produttive – dell'azienda, e comunque non si traduca in una condotta che – per come detto – possa risultare pregiudizievole per l'integrità fisica e la personalità materiale dei prestatori d'opera. Ciò in quanto, nell'equo bilanciamento dell'esigenza di funzionalità dell'impresa e di tutela delle condizioni di lavoro e del lavoratore, il legislatore ha chiaramente privilegiato, con la disposizione di cui all'art. 41 Cost., ripresa dall'art. 2087 c.c., quest'ultimo profilo. Posto ciò, l'accertamento dell'esercizio del potere organizzativo da parte del datore di lavoro costituisce una indagine di fatto, demandata al giudice di merito, le cui determinazioni sul punto, se sorrette da motivazione corretta sotto il profilo logico e giuridico, si sottraggono al sindacato in sede di giudizio di legittimità ... il punto nodale dell'intera vicenda è costituito dal divieto, posto in capo al datore di lavoro, di adottare provvedimenti che, se pur funzionali alle esigenze organizzative dell'azienda, si traducano in una condotta che possa risultare pregiudizievole per l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori d'opera. E tale divieto, avendo contenuto immediatamente precettivo, prescinde dall'esistenza o meno di un intento punitivo da parte del datore di lavoro, che si appalesa quindi del tutto irrilevante, trovando il proprio fondamento nella normativa, di rango costituzionale, concernente il rispetto delle condizioni di lavoro dei dipendenti, oltre che nella conseguenziale normativa codicistica, e posta invero dalla Corte territoriale a fondamento prioritario della propria determinazione.*

confronti di esso in una condizione di soggezione<sup>227</sup>. In particolare, nelle relazioni di lavoro subordinato il rischio di pregiudizio alla dignità, per il carattere strutturale della soggezione, può risultare, secondo certa dottrina<sup>228</sup>, connaturale.

Il rapporto di lavoro subordinato, pur nel limite dei contenuti della prestazione che definiscono le corrispettive obbligazioni nascenti dal contratto, sembra assumere le sembianze della autorità di un privato - il datore di lavoro - su di un altro - il lavoratore (autorità che si esprime soprattutto nella forma della etero direzione della attività lavorativa) .

I poteri del datore di lavoro possono concretizzarsi infatti, al di là dei casi di partecipazione del lavoratore alla decisione imprenditoriale, in una supremazia che non è intesa come mera posizione di vantaggio del creditore nei confronti del debitore ma come il generale potere di formulare autonomamente comandi e sanzionarne l'inosservanza, potere legittimato dall'art. 41 comma 1 Cost., fonte massima della legittimazione giuridica dell'autorità privata nell'ambito del contratto e del rapporto di lavoro subordinato<sup>229</sup>.

La dignità umana nel nostro ordine costituzionale è *un valore giuridico metapositivo*<sup>230</sup> *di natura fondamentale*<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> Cfr. Piepoli G., *Dignità e autonomia privata*, in Pol.dir. 1/2003, Il Mulino, Bologna, 2003

<sup>228</sup> Mazzotta O., *Danno alla persona nel rapporto di lavoro: qualche domanda politicamente non corretta alla giurisprudenza*, in Lav. dir. 2/2004, Il Mulino, Bologna, 2004

<sup>229</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". It- 71-2008

<sup>230</sup> Per una distinzione approfondita tra valori metanormativi o metagiuridici irrilevanti per il nostro ordinamento e valori metapositivi rilevanti nell'ambito



Si tratta cioè di un valore, una entità ideale, destinataria di valutazioni privilegiate in termini di tutela e protezione al di fuori della realtà giuridico-normativa. Essa è riconducibile a quei valori che penetrano nella realtà e si qualificano come valori giuridici fondamentali che, attraverso il momento della positivizzazione per il tramite dei principi, costituiscono elementi fondanti l'ordine giuridico di una collettività<sup>232</sup>.

La rilevanza di tale valore (dignità umana) non è smentita dalla circostanza che nel testo costituzionale vi sono solo pochi riferimenti espressi ad essa (art. 41, comma 2 Cost. e art. 36 c. 1 Cost.); si tratta infatti di un valore che prescinde dalle menzioni testuali ma appare nelle vesti di principio non espresso ma implicito, di priorità assoluta nella scala dei valori espressi dalla Costituzione<sup>233</sup> e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>234</sup>.

La tutela della dignità è riconosciuta come diretto fondamento delle disposizioni che garantiscono il diritto di azione in giudizio e l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24, commi 1 e 2 Cost.), e di quelle sulla riparazione degli errori giudiziari (art. 24,

---

giuridico perché sottostanti alla formazione positiva, si veda Longo A., *Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in Dir. Soc., ESI, Napoli 2002

<sup>231</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit. pag. 15

<sup>232</sup> Modugno F., *Principi generali dell'ordinamento*, (voce) in Enciclopedia giuridica, Treccani, Roma, 1991, XXIV; Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit. pag. 11

<sup>233</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit. pag. 13

<sup>234</sup> Si legge all'art. 1 del Capo I della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che *la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*. Cfr. Bronzini G., *La tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza* in Riv.giur.lav. e prev.soc., n. 1/2012, Ediesse, Roma, 2012, pag. 52 e ss.

comma 4) e sulla tutela del diritto alla salute nel suo nucleo essenziale ed irrinunciabile (art. 32 Cost.).

La tutela della dignità è il substrato di tutte le norme che formalizzano i diritti e le libertà fondamentali <sup>235</sup> costituendo di

---

<sup>235</sup> Il diritto di investire i propri capitali nella produzione è un diritto di libertà costituzionale che partecipa da una parte della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive aventi per contenuto una libertà e in base alla quale risulta dotato di efficacia *erga omnes*; e dall'altra delle garanzie formali collegate al fatto della sua inerenza nella Carta Costituzionale attualmente in vigore. Oggetto di discussione è invece la questione se la libertà di iniziativa economica privata possa definirsi come diritto "inviolabile", ai sensi dell'art. 2 Cost., e se quindi possa rientrare tra quei "diritti dell'uomo" la cui resistenza si impone anche di fronte ai poteri di revisione costituzionale. Secondo una tradizione che risale alla "Dichiarazione dei diritti dell'uomo" del periodo rivoluzionario e ai movimenti giusnaturalistici immediatamente precedenti e susseguenti ad esso, la libertà di iniziativa economica è considerato patrimonio attribuito essenzialmente alla persona umana in quanto realizzazione diretta delle capacità e delle disposizioni in essa inerenti.

Nel corso dell'ultimo secolo si sono verificati però negli ordinamenti sociali e giuridici, modificazioni di tale portata che hanno investito sia i fondamenti storici ed economici che hanno dato vita a questa concezione sia le stesse basi giuridiche che ne costituivano il titolo di giustificazione. La presenza sempre più mastodontica di istituzioni economiche dotate di personalità giuridica e il venir meno dei fondamenti giuridici che giustificavano la ricomprensione della proprietà e della iniziativa economica nel novero dei valori inerenti la personalità, hanno reso evidente la frattura reale esistente tra l'iniziativa economica e la persona umana e, addirittura, hanno mostrato l'insussistenza di una esigenza pratica relativa alla estensione alle persone giuridiche delle garanzie assicurate alla soggettività umana.

La concezione secondo cui la libertà di iniziativa economica configura un diritto della personalità è peraltro indubbiamente contraddetto alla sua radice dalla disciplina stessa cui la Costituzione assoggetta l'esercizio di tale diritto. Perché infatti tale costruzione sia riconosciuta come corrispondente alle norme costituzionali occorrerebbe innanzitutto che la regolamentazione predisposta dall'art. 41 Cost., risponda quanto meno al fine di proteggere il nucleo assiologico di ogni diritto inviolabile consistente nella diretta relazione funzionale tra soggettività umana ed esercizio del diritto, necessariamente postulata dalla unità dialettica della considerazione della persona umana come fine o valore in sé, con il riconoscimento dei diritti della personalità come momento giuridico concreto di quella medesima. Ma proprio la sussistenza di tale nesso essenziale è negata ad opera dello specifico divieto che la libertà di iniziativa economica privata possa svolgersi in modo da recare danno alla dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.), la cui posizione all'inverso induce ad ammettere che in fatto si rende possibile proprio l'evenienza opposta. Pertanto la possibilità di contrasto tra svolgimento della libertà di iniziativa economica e dignità umana non soltanto esclude tale libertà dal numero dei diritti della personalità che, per definizione, sono espressioni

essi la matrice e la sintesi espressiva<sup>236</sup> ma è anche il limite all'esercizio di questi diritti e libertà fondamentali, ponendosi come condizionante l'autodeterminazione individuale in ordine alla espressione della personalità<sup>237</sup>.

L'istanza di tutela della dignità umana espressa tra le righe del testo costituzionale è riferibile anche e soprattutto alla "dignità del lavoratore subordinato".

Essa, come già evidenziato, si trova espressa e specificata, nei termini del suo svolgimento, nell'art. 41, comma 2, e nell'art. 36 Cost. Le due disposizioni non evidenziano però una concezione della dignità del lavoratore diversa da quella della dignità della persona in sé espressa dall'art. 2 della Costituzione. Ma sottendono la sensibilità verso una maggiore esigenza di tutela

---

viventi della stessa dignità umana; ma dimostra ulteriormente l'impossibilità logica di far coincidere l'iniziativa economica con un qualunque altro referente materiale la cui struttura sia assimilabile a quella dei diritti della personalità. Baldassarre A., *Iniziativa economica privata - Estratto dalla voce dell' Enciclopedia del diritto*, Volume XXI, Giuffrè, Milano, 1971, in [www.dirittoditutti.giuffre.it](http://www.dirittoditutti.giuffre.it)

<sup>236</sup> Bartolomei F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987; Proto Pisani, A. *Diritto del lavoro, dignità della vita, Diritto del lavoro, dignità della vita [Conclusioni lette a Bologna il 4 novembre 2006 al termine della prima sessione del convegno dallo stesso titolo organizzato dalla fondazione Carlo Maria Verardi]* in Foro it., 2/2007, Giuffrè, Milano 2007

<sup>237</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit. pag. 20 e ss, secondo la quale il bene giuridico dignità umana è il nucleo essenziale dei diritti fondamentali, circoscritto alla effettività della loro titolarità espressa nella possibilità –libertà del loro esercizio, nel duplice aspetto di libertà negativa ossia libertà di esercizio come assenza di negazione da parte di un potere esterno; e libertà positiva ossia libertà di esercizio come sussistenza di autonomia materiale. Con la conseguenza che la tutela della dignità si esprime come protezione a fronte di disconoscimento altrui dei diritti e libertà fondamentali e come garanzia della capacità di fatto, insussistenza di ostacoli concreti al loro godimento. La dignità umana è inoltre un aspetto della personalità, quello connesso al suo profilo statico ossia quell'aspetto essenziale dei diritti che la rendono espressa e ne costituiscono articolazione ovvero l'effettività della loro titolarità e la cui essenza non può essere limitata da altri valori. Cfr anche Baldassarre A., voce *Diritti sociali*, in Enc.giur. Vol. XI, Treccani, Roma, 1989

dovute alle maggiori insidie che possono derivare alla dignità nel contesto della subordinazione e che giustificano la specificazione ivi contenuta, del rapporto tra dignità del lavoratore e interesse economico che muove l'agire datoriale.

L'art. 41 Cost. circoscrive cioè il principio generale di tutela della dignità umana all'ambito settoriale della iniziativa economica privata e all'ambito della subordinazione.

In particolare, al comma 1, l'attività economica svolta professionalmente o in modo occasionale<sup>238</sup> al fine della produzione di ricchezza in senso lato e destinata al mercato, è elevata al rango di libertà garantita e tutelata sia nel momento genetico della iniziativa che in quello delle scelte gestorie che ne concretizzano lo svolgimento<sup>239</sup>. In tale ambito infatti, l'autonomia privata può contrapporsi problematicamente alla sicurezza, libertà e dignità umana.

L'art. 41, comma 1 Cost., oltre a riconoscere l'iniziativa economica privata come libertà, rappresenta l'ancoraggio costituzionale dell'autonomia privata negoziale espressa nei rapporti economici legati al suo svolgimento: più specificamente, rappresenta il fondamento dell'autonomia contrattuale esplicita in quei rapporti giuridici che sono strumentali allo svolgimento della attività economica ivi garantita come libertà. Tra questi rapporti, per la rilevanza che riveste ai fini della stessa

---

<sup>238</sup> Cfr. Galgano F., *Sub art. 41*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di Scialoja, Branca), Zanichelli, Bologna, 1982; Morbidelli G., *Iniziativa economica privata*, in Enc. Giur. XVII, Roma, 1989

<sup>239</sup> Mazzoni C.M., voce *Iniziativa economica privata*, in Nov.sso Dig. Disc. Priv. Appendice, Vol. IV, Utet, Torino, 1983, pag. 270 e ss. che le attribuisce la natura di diritto fondamentale della personalità

organizzazione dell'attività produttiva, c'è il rapporto di lavoro subordinato espressione della libertà di iniziativa economica privata del datore di lavoro<sup>240</sup>.

L'istanza di tutela complessivamente espressa dalla norma, si configura come vero e proprio principio costituzionale di carattere settoriale destinato cioè a caratterizzare lo specifico settore dell'ordinamento costituito dai rapporti di lavoro subordinato: principio che contiene la relazione di bilanciamento tra i valori libertà e dignità economica che in tale ambito risultano contrapposti<sup>241</sup>.

Nella composizione tra i valori nel senso indicato dalla disposizione ex comma 2 dell'art. 41 Cost. e dunque nel conflitto tra esigenze economiche ad essa sottese ovvero tra il raggiungimento dello scopo produttivo (attività economica libera) attraverso l'utilizzo di una prestazione lavorativa da inserire nella organizzazione datoriale e il valore "dignità umana", è necessario il bilanciamento, che avviene, sulla base della considerazione della dignità del lavoratore come valore assoluto e sulla conseguente necessità della sua tutela, non solo

---

<sup>240</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit., pag. 22 e ss. secondo la quale dal lato del prestatore di lavoro, il rapporto di lavoro è espressione di autonomia privata nel godimento di un diritto fondamentale, autonomia che può esprimersi anche mediante un atto negoziale se a ciò strumentale. La stessa Corte Costituzionale chiarisce che *l'art. 41 tutela l'autonomia negoziale come mezzo di esplicazione della libertà di iniziativa economica che si esercita normalmente in forma di impresa. Chi stipula un contratto di lavoro subordinato con un imprenditore non assume per parte sua una iniziativa economica ma accetta di essere inserito in una organizzazione produttiva costituita dalla iniziativa della controparte* (Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268) e può aggiungersi come scelta inerente all'esercizio del diritto fondamentale al lavoro; Cfr. anche Galgano F., *Sub art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, op. cit; Morbidelli G., *Iniziativa economica privata*, op.cit.; Mazzoni C, voce *Iniziativa economica privata*, op.cit.

<sup>241</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit., pag. 23

nella fase di esecuzione del vincolo contrattuale ma, anche, al di fuori di esso.

Lo svolgimento del lavoro in regime di subordinazione quindi non deve, per i riflessi che la condizione di dipendenza tecnica e socio economica possono avere sulla effettività della titolarità dei diritti e delle libertà fondamentali, mortificare l'esistenza della persona in ogni ambito nel quale essa si svolge, ovvero, nel momento della esecuzione della obbligazione lavorativa<sup>242</sup>.

Infatti, l'istanza di tutela viene anche e soprattutto in rilievo nella fase di esecuzione della prestazione dal momento che questa deve essere calibrata in modo tale che il suo svolgimento non annulli la personalità di colui che la compie.

L'intangibilità della libertà (negativa) di esercizio dei diritti della personalità costituisce la "misura di legittimità" dell'autonomia del datore di lavoro e segna il limite della compressione dei diritti fondamentali<sup>243</sup> ammessa per le ragioni legate alla esecuzione della prestazione (rectius al diritto costituzionalmente garantito di libertà di esercizio della iniziativa economica del privato datore di lavoro)<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Vero è che i diritti fondamentali del lavoratore scontano il bilanciamento con il valore, anch'esso costituzionale, della iniziativa economica, in confronto con la quale, nella compenetrazione tra la persona e la prestazione lavorativa, necessariamente subiscono una compressione. Cfr. Romagnoli U., *Art. 1, art. 2-3, art. 8, in Statuto dei lavoratori. Commentario al codice civile*, a cura di Scaloja-Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1978; Ciò è sostenuto anche da Lamas R., *Diritti fondamentali e contratto di lavoro*, op.cit. pag. 462 e ss., secondo il quale nel rapporto di lavoro i diritti fondamentali rilevano secondo un contenuto più ristretto rispetto a quello con cui sono accolti nella Costituzione

<sup>243</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit, pag. 26

<sup>244</sup> Casillo R., *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit, pag. 25; cfr. in merito al nesso esistente tra inadempimento nel rapporto di lavoro e lesione della dignità della persona, Avio I., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano,

L'organizzazione del processo produttivo se da un lato trova valido fondamento nell'autonomia contrattuale (strumento giuridico fondamentale per la definizione dei rapporti con i lavoratori), dall'altro trova un significativo limite nella clausola di garanzia costituzionale dei valori personalistici (libertà, dignità, sicurezza) che, oltre ad autorizzare il legislatore a prevedere forme di tutela preventive del "danno" può rappresentare un valido parametro di riferimento giudiziario per risolvere la dialettica tra i soggetti implicati nel processo produttivo.

In dottrina si è evidenziato come l'autonomia contrattuale, pur essendo strumento giuridico decisivo per definire i rapporti con i lavoratori, non può costituire la dimensione esclusiva della rilevanza costituzionale dell'attività di impresa: sovrapporre dunque la situazione giuridica sostanziale garantita dall'art. 41 Cost. - libertà di iniziativa economica - con i mezzi con i quali è esercitata - autonomia contrattuale - significa compiere un errore prospettico<sup>245</sup>.

Vero è che la norma costituzionale che sancisce la libertà "di fare impresa" è uno dei principi basilari della c.d. *Costituzione economica*<sup>246</sup>, dell'insieme cioè delle disposizioni costituzionali

---

2001

<sup>245</sup> Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, in IANUS 5/2011, [www.unisi.it](http://www.unisi.it), pag. 263 e ss

<sup>246</sup> Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, op.cit. pag. 284 e ss; cfr. sul tema anche l'importante contributo di Cheli A., *Libertà e limiti della iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in Rass.dir.pubbl., I, 1960, pag. 170 e ss ; Baldassarre A., voce *Iniziativa economica privata*, in Enc.dir. Vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, pag. 582 e ss

che si riferiscono al cittadino come imprenditore. L'art. 41, comma 2 Cost., nell'affermare che *l'iniziativa economica privata è libera*, riconosce ai privati la libertà di disporre di risorse materiali e umane, di organizzare l'attività produttiva, nel modo che si ritiene più opportuno, di definire dal punto di vista pratico l'ambito specifico in cui porre in essere la produzione (ad es. quali i beni da produrre, quale la zona in cui collocare i locali aziendali, quale dovrebbe essere la quantità e qualità delle merci da produrre)<sup>247</sup>: *nella locuzione iniziativa economica devono comprendersi infatti le attività di operatori dirette non solo a creare/constituire una azienda ma anche inerenti la vita e lo svolgimento della stessa*<sup>248</sup>.

Come sappiamo tale libertà organizzativa, creativa di nuova ricchezza, non è insindacabile in maniera assoluta: a tale principio generale fanno eccezione i limiti posti da altri principi costituzionali e dalle normative di legge discendenti da questi ultimi (si pensi ad esempio alla normativa giuslavoristica, a quella che tutela il diritto d'autore e i segni distintivi della impresa ecc..).

In particolare, l'art. 41Cost., al comma 2, citando il concetto di *utilità sociale* e riallacciandosi ad altri diritti e valori costituzionalmente garantiti afferma che l'iniziativa economica

---

<sup>247</sup> Cfr. Cass. Civ. Sez. Lav., 30.3.2006, n. 7536, in *Not. Giur. Lav.*, 2006, 500 dove si ribadisce che il datore di lavoro ha diritto di organizzare la propria azienda e, nell'ambito del potere organizzativo, di mutare gli strumenti di lavoro adeguandoli alle esigenze produttive e di mercato.

<sup>248</sup> Cass.civ. Sez. Lav., 24.09.2010, n. 20232, in *Mass.giust. civ.*, 2010, 9, 1262; in senso contrario Baldassarre A., voce *Iniziativa economica privata*, op.cit.



privata non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana<sup>249</sup>.

In particolare, dalla lettura del comma 2 dell'art. 41 Cost., appare evidente che la dignità della personalità del prestatore di lavoro intesa come sintesi della *posizione complessiva dell'individuo nella comunità sociale quale membro della stessa*<sup>250</sup>, ha assunto nella normativa giuslavoristica più recente sempre maggiore rilevanza.

Essa viene riconosciuta come *valore trascendente l'idea del suo essere* (il prestatore di lavoro) *parte debole nella dinamica del rapporto di lavoro perché investe la persona nella sua dimensione sociale* (ciò ovviamente non toglie che nel lavoro dipendente la subordinazione socio-economica si presenta come elemento caratteristico cui l'ordinamento giuridico riconnette la specifica normativa protettiva)<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> cfr. Esposito C., *La Costituzione Italiana*, Cedam, Padova, 1984; Pedrini F., *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, 18 gennaio 2010, 27, [www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/0172\\_pedrini.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/0172_pedrini.pdf). Scognamiglio R., *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1990; Natoli U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, ID, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir.lav.* 1956, I, pag. 3 e ss.; Belviso U., *Il concetto di "iniziativa economica privata" nella Costituzione*, in *Riv.dir.civ.*, 1961, I, Cedam, Padova, pag. 152 e ss; De Angelis L., *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.* 1973, I, Ediesse, Roma; Micco L., *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1966. In senso contrario Minervini G., *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv.dir.civ.*, Cedam Padova, 1958, I; Galgano F., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, (diretto da F. Galgano), vol. I, *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977.

<sup>250</sup> Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, op. cit. pag. 291 e ss

<sup>251</sup> Aprile S., *Protezione del lavoratore e rilevanza del bene da tutelare*, in *Diritto&Diritto*, n. 11/2001, [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

La considerazione del profilo personalistico in materia di rapporti di lavoro ha comportato, rispetto alla originaria legislazione di tutela del lavoro, la valorizzazione e la protezione globale del lavoratore<sup>252</sup>.

Vi sono infatti norme che ampliano il contenuto della posizione del dipendente non solo riguardo allo stretto ambito della organizzazione del suo rapporto di lavoro ma anche all'esterno del luogo del suo svolgimento: esso non solo è di carattere economico-professionale ma anche personale e sociale.

Sottesa al ruolo attivo del lavoratore è la cultura della dignità della persona, fondamento ideologico imprescindibile di ogni ulteriore evoluzione sociale e civile. Ciò ha ricadute incisive sia sui dettati legislativi che sulle sue tecniche di interpretazione.

Ed infatti, come evidenzia parte della dottrina<sup>253</sup>, *la garanzia della personalità del lavoratore*<sup>254</sup> è ormai il fondamento di gran parte dell'apparato protettivo in materia lavoristica (si pensi alla norma di chiusura del 2087 c.c.) e non si traduce solo nella difesa del contraente debole ma è volta soprattutto a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità del lavoratore<sup>255</sup>: i valori costituzionali quindi non rappresentano solo limiti "esterni" posti dall'ordinamento a garanzia di beni

---

<sup>252</sup> Aprile S., *Protezione del lavoratore e rilevanza del bene da tutelare*, op.cit.

<sup>253</sup> Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, op. cit. pag. 293 e ss

<sup>254</sup> Cfr. Smuraglia C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967

<sup>255</sup> Una posizione non secondaria è rivestita dallo stretto collegamento tra i diritti di libertà e i cosiddetti diritti "sociali" (diritto di sciopero e libertà sindacale) grazie ai quali il lavoratore si autodetermina svincolandosi da tutti quei fattori che possono trasformarsi in situazioni di svantaggio, di disuguaglianza e di limitazione della sua sfera personale. Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità*, op.cit. pag. 293

giuridici di particolare rango ma attribuiscono al lavoratore *posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio perché incorporate ai sensi dell'art. 1374 c.c.*<sup>256</sup> *nel regolamento contrattuale del rapporto di lavoro*<sup>257</sup>.

Problema tra i più ardui è proprio la individuazione della linea di demarcazione tra l'esercizio<sup>258</sup> del diritto e l'abuso: esso può però trovare valide soluzioni nel costante riferimento ai principi generali dell'ordinamento e ai valori contenuti nelle norme costituzionali precettive recuperati attraverso il collegamento normativo ex art. 41, comma 2 Cost..

L'ideologia liberista assumeva il mercato come strumento di regolamentazione esclusivo delle funzioni economiche: per esso l'utilità sociale coincideva con la libertà contrattuale<sup>259</sup>.

Attualmente risulta sempre più evidente che se al datore di lavoro è data l'opportunità di interventi giustificati da ragioni riguardanti l'impresa, è altrettanto vero che la libertà di iniziativa

---

<sup>256</sup> *Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.*

<sup>257</sup> Nogler L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia 25-26 maggio 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, 5.

<sup>258</sup> Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità*, op.cit. pag. 293; sul punto cfr. Cass.civ. Sez. Lav., 10.07.2009, n. 16196, in *Mass.giust.civ.*, 2009, 7-8, 1078 secondo cui *le norme poste dagli artt. 2 e 3, L. n. 300/70 a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda...ma non escludono il potere dell'imprenditore ai sensi degli artt. 2086 e 2104 cc, di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche mediante personale esterno ...l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione.*

<sup>259</sup> Nocera I.L., *Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale "giusto"*, IANUS n. 5/2011, in [www.3unisi.it](http://www.3unisi.it)

economica *non può svolgersi in contrasto con la clausola costituzionale rappresentata dai valori personalistici*<sup>260</sup>.

Alla luce delle precedenti considerazioni si può concludere affermando che dietro il concetto di "dignità umana" vi sono non solo singoli beni individuali dell'uomo ma valori costituzionali della soggettività umana e della personalità che sono inscindibili: i diritti e le libertà fondamentali, avendo presente che il diritto di libertà di iniziativa economica, benché costituzionalmente tutelato, non è agevolmente riconducibile tra i "principi fondamentali" della prima parte della Carta Costituzionale<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità*, op.cit. pag. 293

<sup>261</sup> Cfr. Manetti M., *La libertà eguale nella Costituzione Italiana*, in Riv.trim.dir pubbl., n. 3/2009, Giuffrè, Milano, pag. 635 e ss.

## 2. L'abuso del diritto: principio generale del nostro ordinamento?

Nel contesto di una esperienza giuridica sempre più diversificata e soprattutto sempre più attenta alla emersione di criteri di regolarità delle condotte ispirati ai valori costituzionali e affidati anche alla attività creatrice e unificatrice dei giudici<sup>262</sup>, l'abuso del diritto<sup>263</sup> - clausola generale che, al pari della buona fede è "immanente al diritto civile - conosce un interesse sempre crescente<sup>264</sup>. Si tratta di uno strumento con il quale la

---

<sup>262</sup> E' un dato ormai evidente come quella parte della dottrina che sostiene la categoria dell' abuso del diritto ne argomenta la validità e la fondatezza sulla scorta di un nuovo ordinamento giuridico che risulta dall' insieme dei valori costituzionali e in particolare dal valore della solidarietà (art. 2, Cost.) divenuto una sorta di parametro immediatamente precettivo capace di dare giustificazione teorica e dettare il *modus operandi* del divieto di abuso. In tal senso si veda Levi G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993

<sup>263</sup> Secondo Bianchi D'Urso F. - Armentano A., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro*, Massimario Giur. Lavoro n. 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, pag. 5 e ss, si tratta di una sorta di "clausola generale" priva di un preciso referente normativo, di elaborazione giurisprudenziale, che impone ai soggetti giuridici di non avvalersi del proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui lo stesso è stato loro attribuito. In altri termini, tale clausola, nel circoscrivere l'ambito di operatività dell'antico brocardo "*qui iure utitur, neminem laedit*", fissa dei limiti esterni all'esercizio del diritto da ravvisare sostanzialmente soprattutto in ordine ai diritti relativi, nei generali principi di buona fede e correttezza con la conseguenza che l'utilizzo del diritto va considerato abnorme e perciò deve essere sanzionato ogni qual volta sussistendone la giustificazione formale ma non sostanziale, diverge dai suddetti principi.

<sup>264</sup> La figura dell'abuso del diritto ha suscitato accese polemiche da una parte ed entusiastiche adesioni dall'altra. In particolare da una parte coloro che, in nome della certezza del diritto hanno rifiutato la possibilità di subordinare l'esercizio di diritti soggettivi riconosciuti dalla legge ad uno standard tanto evanescente da dar luogo a decisioni variabili caso per caso; dall'altra coloro che hanno sostenuto con favore questa figura ritenendola capace di favorire la moralizzazione da parte dell'interprete dell'arida lettera del diritto positivo. Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in Maniaci G. (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 115 e ss.. Cfr. anche Zoli C.- Bolego G., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – Il quesito*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, secondo i quali *la controversa figura dell'abuso del diritto che, pur non*

giurisprudenza ha aperto una breccia nel formalismo degli ordinamenti moderni e contemporanei preoccupati di garantire quella certezza del diritto che tendenzialmente ha dominato e domina il mondo delle norme giuridiche<sup>265</sup>.

L'*abuso del diritto*<sup>266</sup> è stato ritenuto uno dei correttivi più noti

---

*essendo espressamente consemplata nel codice civile, è stata eletta da autorevole dottrina a principio generale dell'ordinamento e destinata ad operare come limite immanente di tutte le prerogative riconosciute ai privati, siano esse pretese facoltà, libertà, diritti potestativi (Rescigno P. L'abuso del diritto, Bologna, 1988, 53). A sostegno di tale limite interno all'autonomia privata si è affermato che la disciplina codicistica non ritiene sufficiente, per garantire la produzione degli effetti, la semplice dichiarazione di volontà dei contraenti ma richiede altresì che gli scopi o gli interessi perseguiti siano conformi a quelli predeterminati dall'ordinamento giudicio (Carinci M.T., Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato, Padova 2005, 121) (pag. 99).*

<sup>265</sup> Nigro C., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in Giust.civ., Giuffrè, Milano, n. 11/2010. Cfr. anche Lucchetti G., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – Il quesito*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, secondo il quale *le principali perplessità circa la possibilità di ricorrere all'esercizio dell'istituto dell'abuso del diritto (di recesso) del datore di lavoro era legata alla difficile coesistenza tra un fenomeno giuridico ricorrente presso i contraenti forti e la posizione di parte debole tradizionalmente ricoperta dal lavoratore. Ma una volta che l'abuso del diritto, da censurabile condotta del lavoratore, diventa (o torna ad essere) una prerogativa datoriale, quelle pur comprensibili resistenze dovrebbero cessare di esistere. Perplessità d'altro genere venivano poi sollevate da coloro che ritenevano la categoria giuridica dell'abuso del diritto limitata all'art. 833 c.c. e ai confini dominicali degli atti emulativi in esso tracciati: "il proprietario non può fare atti che non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestie ad altri". Ma se l'unico motivo per cui negare l'ingresso all'abuso del diritto nei rapporti di lavoro è il fatto che tale istituto limita espressamente solo il titolare del più grande diritto assoluto conosciuto nel nostro ordinamento (la proprietà), non sembrerebbe però esservi ostacoli concettuali ad un'estensione di tali limiti ad un contraente (il datore di lavoro) in quanto tale titolare di diritti relativi.* (pag. 50)

<sup>266</sup> Quella di *Abuso del diritto*, fu insieme a *Principio di equità* e *Buona fede* una delle voci scritte da Salvatore Romano per l'Enciclopedia del diritto tra la fine degli anni cinquanta e gli inizi degli anni sessanta (si tratta appunto di "Abuso del diritto", "La buona fede nel diritto privato" e "Principio di equità", pubblicate rispettivamente nel 1958, 1959 e 1960 poi raccolte in Romano S., *Scritti minori, Tomo II e III*, Giuffrè, Milano, 1980. Buona fede, abuso ed equità sono valutati nelle pagine di Romano alla stregua di indicatori sensibili più di altri capaci di sollevare il problema della identità e dei compiti del diritto. Essi non assumono la veste di deroghe, temperamenti chiamati a moderare la rigidità del

negli ordinamenti giuridici contemporanei per rimediare ai fallimenti della normazione generale ed astratta: in alcuni ordinamenti è stato espressamente codificato o addirittura costituzionalizzato mentre in altri ha conservato lo status di creazione dottrinale<sup>267</sup>.

La premessa dalla quale dipende la comprensione del fenomeno dell'abuso del diritto consiste nella constatazione di un dato che riflette l'esistenza dell'ordinamento; infatti per conformare i rapporti tra i soggetti sottoposti ad un dato sistema, l'ordinamento attribuisce diritti segnandone i limiti formali mediante una serie di norme; ma è possibile che tali limiti non siano rispettati e con essi i più generali principi che trovano fondamento nella legge ordinaria o in una norma di rango costituzionale.<sup>268</sup>

---

sistema normativo ma si presentano piuttosto come risorse idonee a definire di quel sistema, fisionomia e funzioni. Nella lunga e non ancora conclusa disputa tra favorevoli e contrari in tema di abuso del diritto, Romano si colloca in quella generazione di civilisti (come Giorgianni, Restivo, Messina) impegnati a conferire alle condotte abusive un fondamento tendenzialmente autonomo, obiettivo e non risultante almeno *immediate* dalla commistione del diritto con elementi morali, etici, economici o dalla esigenza di adeguare il diritto alle mutate richieste dei tempi; non che questi nessi vengano trascurati ma semplicemente vengono reputati fisiologicamente appartenenti alla genesi e agli svolgimenti della dimensione giuridica che nasce e si sviluppa dalla continua ricerca di un punto di equilibrio tra i tanti aspetti- morale, economico e sociale- che contribuiscono a disegnarne i contorni. Stolzi I., *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria struttura plurale dell'esperienza giuridica*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

<sup>267</sup> Patti S., *Abuso del diritto*, in Discipline Privatistiche (Sezione civile), vol. I, Utet, Torino, 1987; Cfr Rescigno P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; Gambaro A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, vol I., Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988

<sup>268</sup> Nigro C., *Brevi note in tema di abuso del diritto*, op.cit. pag. 2548; l'attenzione degli studiosi per il tema dell'abuso del diritto è andato crescendo fino a conquistare uno spazio sempre più rilevante e ad assumere contorni sistematici sempre più definiti; sono progressivamente aumentati inoltre i casi in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla nozione di abuso del diritto per risolvere casi

E' frequente il caso in cui l'attribuzione di un certo diritto, in via generale ed astratta da parte dell'ordinamento, finisce per disattendere nel caso concreto, le finalità che la giustificano<sup>269</sup>.

Il problema dell'abuso del diritto quindi è collegato naturalmente alla genesi del concetto di "diritto". L'attribuzione di un diritto deriva da una precisa decisione del legislatore<sup>270</sup> che, formalizzando una scelta di valore attraverso una determinata forma di protezione giuridica di un bene della vita, conferisce al singolo un potere di agire al fine di tutelare un proprio interesse individuale<sup>271</sup>.

Come è stato affermato in dottrina<sup>272</sup> *il diritto si manifesta come sintesi di una posizione di forza e una posizione di libertà ... il*

---

specifici secondo una ricostruzione che presenta frequentemente abuso del diritto e clausole generali come argomenti strettamente correlati. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, op.cit. pag. 238 e ss

<sup>269</sup> Sacco R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, Utet, Torino, 2001, parla di condotta di esercizio di un diritto (o comunque di una prerogativa soggettiva) oltre i limiti entro i quali risulta che l'ordinamento riconosce il diritto stesso come meritevole di tutela giuridica. Secondo l'Autore da più di un secolo è stata formulata l'ipotesi seguente: che taluni atti di esercizio di diritti in ragione di come l'esercizio si svolge costituiscono abuso del diritto; che gli abusi di diritto meritano il trattamento tipico degli atti illeciti; e che perciò se sono comportamenti materiali sono fonti di responsabilità extracontrattuali se sono atti negoziali sono colpiti da nullità.

<sup>270</sup> La più intensa protezione è accordata dall'ordinamento quando una norma attribuisce ad un soggetto, al fine di realizzare un proprio interesse, un diritto soggettivo che si manifesta come sintesi di una posizione di forza e una posizione di libertà. Il soggetto è libero cioè di decidere se avvalersi o meno del potere conferitogli ma, una volta esercitato, il diritto è in grado di realizzare pienamente l'interesse. La tutela accordata ad un diritto è potenzialmente senza limiti salvo il dovere di non abusarne secondo una valutazione non già astratta come quella riferita alla illiceità ma concreta ossia che tiene conto delle circostanze. Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, XII Ed., ESI, Napoli, 2006, pag. 57 e ss.

<sup>271</sup> Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1980

<sup>272</sup> Monateri G., *Diritto soggettivo*, in Digesto Discipline Privatistiche (Sez.civ.), Vol. IV, Utet, Torino, 1990; Cfr. Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, op.cit. pag. 57



*soggetto è infatti libero di decidere se avvalersi del diritto o meno (in ciò sta la libertà) ma, una volta esercitato, il diritto è in grado di realizzare pienamente l'interesse (in ciò sta la forza).*

Si tratta dunque di una categoria concettuale avvertita dalla scienza giuridica come cardine imprescindibile e termine necessario per la costruzione di un qualsiasi discorso giuridico

Il problema dell'abuso si pone quando il titolare non esercita il suo diritto entro i limiti fissati dalla legge sul presupposto che non ogni forma di esercizio del diritto è legittima per il solo fatto di essere estrinsecazione del diritto<sup>273</sup>.

Più specificamente, come si evince dalla radice etimologica del termine (ab-uti), si ha abuso nel caso di uso del diritto che conduce il comportamento del singolo nel caso concreto, fuori della sfera del diritto soggettivo esercitato ponendosi in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e protetto. Un siffatto comportamento, abusivo, costituisce quindi un illecito sanzionato secondo le norme generali di diritto<sup>274</sup>.

La possibilità di abusare di tale posizione giuridica nasce parallelamente al concetto di diritto come espressione riassuntiva

---

<sup>273</sup> La formula abuso del diritto a prima vista presenta un peculiarità che consiste nel suo carattere paradossale che lo fa assomigliare quasi ad un ossimoro: di regola all' esercizio di un diritto corrisponde uno spazio di libertà disegnato dalle norme di un ordinamento giuridico che ascrivono quel diritto ad un soggetto o ad una determinata categoria di soggetti sicchè parlare di abuso del diritto significa assumere la paradossale e contraddittoria posizione che l' esercizio di una pretesa o di una libertà in astratto garantita da un diritto soggettivo costituisce un fatto illecito o comunque antiggiuridico. Natoli U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1958; Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, cit.

<sup>274</sup> Levanti S., *Abuso del diritto*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)

dei limiti (impliciti) all'esercizio dei diritti<sup>275</sup>. Il concetto di diritto infatti, non è assoluto ma è *proporzione e come tale ha limite*<sup>276</sup> sicché valutare se il concreto esercizio del diritto sia abusivo oppure no significa delimitarne la portata.

Ogni diritto ha limiti perchè l'interesse ad esso sottostante<sup>277</sup> ne ha: dal momento che ogni posizione soggettiva è configurata dalla norma in modo tale da essere in equilibrio con le altre, il divieto di abuso risponde all'esigenza di garantire l'equilibrio tra gli interessi a cui tende l'ordinamento giuridico.

Secondo autorevole dottrina<sup>278</sup> il divieto di abuso del diritto è il punto di equilibrio per la soluzione dell'antitesi tra autonomia privata (c.d. principio di libertà) e i limiti introdotti dal sistema per realizzare interessi meritevoli di tutela (c.d. principio della autorità).

Si tratterebbe di uno strumento con il quale si garantisce l'esercizio "normale" del diritto soggettivo alla luce dei principi costituzionali primo fra tutti quello di solidarietà (art. 2 Cost.) e verrebbe a costituire la cornice entro la quale inquadrare le diverse norme del codice come quella sugli atti emulativi (art. 833 c.c.) e quella dedicata al principio di buona fede e correttezza

---

<sup>275</sup> Usando le parole di Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1939, l'abuso del diritto inizia dove finisce il diritto (le droit cesse là où l'abus commence)

<sup>276</sup> D'Amelio M., *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, Vol. I, Utet, Torino, 1968

<sup>277</sup> Come afferma Patti S., *Abuso del diritto*, in *Digesto Discipline Privatistiche - Sez. Civile*, Vol.I, Utet. Torino, 1987, ogni potere è previsto per realizzare interessi sostanziali poichè l'interesse tutelato rappresenta per l'ordinamento un valore che, attraverso l'esercizio del diritto, il soggetto può realizzare

<sup>278</sup> Rescigno P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998

(1175 e 1345 c.c.)<sup>279</sup>.

*Il terreno dell'abuso è quello della coesistenza e del conflitto di diritti: l'abuso del diritto si traduce in un giudizio di relazione che, proprio perchè inerente ai rapporti, impone l'esistenza di limiti*<sup>280</sup>.

Si tratta di una patologia che ovviamente non si realizza a livello statico ma a livello per così dire dinamico, nel senso che la contraddizione nasce fra ciò che la norma attribuisce (ossia il diritto) e l'esercizio da parte del soggetto<sup>281</sup>.

L'atto abusivo, pur sembrando restare nei limiti della definizione del diritto, in realtà è utilizzato per raggiungere un risultato pratico di vantaggio<sup>282</sup> attraverso un comportamento che esteriormente può sembrare conforme al contenuto formale del diritto.

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto in dottrina e in giurisprudenza sono così rappresentati: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto sia esso persona fisica o giuridica (situazione giuridica soggettiva attiva); 2) la possibilità

---

<sup>279</sup> Scarponi S., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, di Antonio Vallebona, in *Colloqui Giuridici di lavoro*, Edizione 12/2010, n. 1, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

<sup>280</sup> Di Francia A., *L'abuso del diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in Rotondi M. (a cura di), *Inchieste di diritto comparato-L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1979

<sup>281</sup> L'abuso può qualificarsi come lo scarto tra l'attribuzione del diritto e il suo esercizio; per valutare la bontà di tale esercizio non basta confrontarlo con la fattispecie astratta (ossia la rispondenza alla previsione normativa e/o giurisprudenziale) ma bisogna considerare anche la dimensione attuativa della norma. Cfr. Sacco R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in Alpa G., Graziadei M., Guarneri A., Mattei U., Monateri P.G., Sacco R., *Il diritto soggettivo*, Torino, Utet, Torino, 2001.

<sup>282</sup> Un comportamento abusivo presuppone sempre una circostanza fattuale oggettiva che viene rivolta dal soggetto a proprio favore: se non c'è una situazione di vantaggio, qualunque sia la natura, non può parlarsi di abuso. Sacco R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, op.cit.

che il concreto esercizio di quel diritto possa effettuarsi secondo modalità non rigidamente predeterminate dal legislatore; 3) la possibilità che il concreto esercizio del diritto, pur muovendosi all' interno della cornice formale prevista dalla legge si svolga secondo modalità censurabili da un punto di vista giuridico o extra giuridico (ossia non basato su singole norme o principi generali ma orientamenti etico-morali<sup>283</sup>); 4) la circostanza che, per effetto delle modalità di esercizio, ci sia una sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto e l'*alterazione* della situazione giuridica che subisce la parte<sup>284</sup> (ossia il sacrificio ricadente su una qualche "controparte").

Ora sappiamo che l'attribuzione in via generale ed astratta di un diritto soggettivo, rappresenta l'esito di una scelta di valore da parte dell'ordinamento; scelta che si concretizza nel formalizzare l'interesse sottostante ed attribuirgli protezione giuridica<sup>285</sup>.

Pertanto, il primo passo da compiere per qualificare in termini generali l'abuso del diritto, è quello di definire uno dei termini essenziali coinvolti nella costruzione di questa figura giuridica: il concetto di diritto soggettivo<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> La determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio di un diritto è l'elemento che caratterizza le diverse teorie dell'abuso

<sup>284</sup> Pompei M., *L'abuso del diritto è configurabile come un principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di Cassazione Civile, Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. VIII, Giureta, 2010, [www.giureta.unipa.it](http://www.giureta.unipa.it)

<sup>285</sup> Graziadei M., *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Il diritto soggettivo-Trattato di diritto civile* (diretto da Sacco R.) Giappichelli, Torino, 2001,

<sup>286</sup> Natoli U., *Il diritto soggettivo*, Giuffrè, Milano, 1943, pag. 9 e ss; Secondo la teoria della **volontà** il diritto soggettivo consiste in un potere (una c.d. signoria della volontà) attribuito ad un soggetto o meglio nella garanzia di una sfera di azione in cui la volontà del titolare del diritto regna sovrana: il diritto soggettivo

Parte della dottrina<sup>287</sup> lo qualifica come una posizione di

---

assolve cioè alla funzione di delimitare l'ambito entro cui la volontà individuale "domina indipendente da ogni volontà altrui" e all'interno del quale il titolare può progettare la propria attività in maniera libera e sicura. Al titolare del diritto è riconosciuta quindi una sfera libera e sicura che rende insindacabile le condotte che si attuano all'interno di questa sfera (Graziadei M., *Diritto soggettivo, potere, interesse*, op.cit.).

Come evidenzia Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit., secondo questa teoria, la scelta di garantire questa sfera di libertà è stata già fatta a monte dal legislatore quindi subordinare l'esercizio concreto del diritto ad ulteriori considerazioni rimesse a posteriori alla valutazione dell'interprete renderebbe questa sfera di libertà incerta e priva di contenuto. Inoltre secondo questa concezione i diritti sono disciplinati da un congiunto di regole sicché l'interprete non potrebbe prendere in considerazione nessun altro fattore (interesse sociale, equità, ponderazione di interessi ecc.) oltre quelli indicati dalla regola stessa. In questo quadro dunque non ci sarebbe spazio per un giudizio *a posteriori* in termini di abusività della condotta del titolare (eccetto nel caso in cui la condotta sia stata intenzionalmente ed esclusivamente diretta a cagionare un danno altrui). La teoria dell'abuso quindi avrebbe un ambito di applicazione molto ristretto al punto tale da venire sostanzialmente sterilizzata e resa in effettiva.

Secondo la teoria dell'**interesse** il diritto soggettivo è un interesse protetto dall'ordinamento giuridico. Si tratta di una teoria che tende a porre maggiormente l'accento su una disciplina dei diritti basata su principi e standard giuridici più generali e fluidi (fino al caso estremo dell'interesse generale). Più specificamente essa parte dalla considerazione che la tutela di un certo interesse –individuale o collettivo- può configgere con quello accordato per la promozione di altri interessi (individuali o collettivi); i diritti soggettivi possono quindi tra loro configgere o entrare in conflitto con considerazioni di interesse generale sicché le regole che ne delineano i contorni possono essere oggetto di revisione caso per caso (Monateri P.G., *Diritto soggettivo*, in *Digesto Discipline Privatistiche* (Sezione civile), vol. IV, Utet, Torino, 1990). Come evidenzia Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit, mentre la teoria della volontà si fonderebbe su una logica del permesso e del proibito – "del tutto o niente"- , nella teoria dell'interesse si ha una percezione "gradualistica" della legittimità giuridica. E' nell'ambito della teoria dell'interesse che qualifica il diritto soggettivo come interesse protetto dall'ordinamento e non di quella della volontà che si può trovare un fondamento per la costruzione della teoria dell'abuso del diritto. Ed infatti, la traduzione in termini oggettivi ed astratti dell'interesse, permetterebbe, secondo l'Autore, di aprire la strada alla possibilità di controlli e limiti sulle modalità di esercizio dei diritti da parte dei privati e quindi di valutare la conformità di tale concreto esercizio all'interesse astratto sotteso al diritto stesso. In tal modo il diritto soggettivo verrebbe inquadrato in un'ottica di tipo teleologico che trascende l'utilità individuale del singolo individuo focalizzando l'attenzione sulla funzione sociale (Patti S., *Esercizio del diritto*, op.cit.)

<sup>287</sup> Secondo Rescigno P., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 205 e ss., si tratta di una libertà garantita all'individuo ad un gruppo privato da una norma giuridica: vuol dire potere di volontà e di azione che la norma concede al soggetto o al gruppo nei confronti di uno o di più o di tutti i soggetti dell'ordinamento

vantaggio, una pretesa garantita ad un soggetto dall'ordinamento giuridico che di conseguenza esercita legittimamente facoltà e poteri; un'altra parte<sup>288</sup> lo qualifica come potere di cui il soggetto dispone che gli viene garantito dall'ordinamento giuridico.

*Rappresenta al tempo stesso una nozione di diritto positivo (oggettivo) ed un concetto utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tanto nel diritto privato quanto in altri settori del diritto sia per fini conoscitivi sia per fini pratici*<sup>289</sup>.

Fino ad oggi predomina nella nostra tradizione giuridica una impostazione che qualifica il diritto soggettivo in base alla commistione di due elementi: (diritto come) potere e (diritto come) interesse; ossia come la zona entro la quale al privato è consentito agire secondo il suo insindacabile arbitrio, entro cui si riconosce un potere alle sue determinazioni, alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse.

La nozione di diritto soggettivo in particolare, è agganciata alla volizione del soggetto titolare che può essere esteriorizzata attraverso una dichiarazione, un comportamento, la proposizione di una domanda giudiziale, ecc..

La sua tutelabilità si aggancia alla meritevolezza dell'interesse (alla sua omologabilità all'interesse tipo per il cui perseguimento il diritto è concesso), pertanto interesse tutelato dal diritto soggettivo e scopo della norma che concede la tutela sono due facce della stessa medaglia<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> Graziadei M., *Diritto soggettivo, potere, interesse*, op.cit.

<sup>289</sup> Graziadei M., *Diritto soggettivo, potere, interesse*, op.cit.

<sup>290</sup> Monateri P.G., (voce) *Diritto soggettivo*, in *Digesto Discipline privatistiche*, (Sezione civile), VI, Utet, Torino, 1990

Volontà e interesse sono gli elementi costitutivi della nozione di diritto soggettivo e parametri imprescindibili anche di ogni riflessione sul tema dell'abuso del diritto.

E' più difficile che si verifichi una situazione di abuso – di fronte alla quale l'ordinamento dovrebbe reagire - in presenza di una disciplina normativa puntuale e puntigliosa<sup>291</sup>. Viceversa, laddove le modalità di esercizio di un diritto non sono predeterminate o non sono predeterminate con precisione, si possono verificare situazioni nelle quali gli atti di esercizio di un diritto possono alterare - modificandola - la funzione o il senso del diritto: l'abuso del diritto si traduce cioè in un cattivo uso del potere discrezionale<sup>292</sup>.

Situazioni che determinano l'abuso possono verificarsi non solo in riferimento ai diritti potestativi (c.d. acausali o discrezionali)

---

<sup>291</sup> Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit

<sup>292</sup> Cfr. Taruffo M., *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998, 435; cfr. Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit., il quale evidenzia come la figura dell'abuso del diritto è invocata proprio in quei casi nei quali le modalità di esercizio di un diritto non sono rigidamente predeterminate dal legislatore e una parte del rapporto si trova in balia della controparte - si pensi ad esempio al caso del recesso ad nutum dell'imprenditore nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Vedi anche Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali*, op.cit., secondo il quale la nozione di abuso del diritto fa riferimento più o meno esplicitamente a tutti quei rapporti caratterizzati da una rilevante *asimmetria tra il potere contrattuale delle parti*. La particolare esigenza posta alla base della teoria dell'abuso del diritto, applicata a contratti caratterizzati da una rilevante asimmetria tra posizioni e poteri contrattuali delle parti, è diretta a garantire la protezione dell'autonomia dell'altro contraente (sia questo un valore in sé o come spesso accade, un mezzo per raggiungere l'obiettivo più generale rappresentato dalla realizzazione di un mercato aperto alla concorrenza e privo di distorsioni. Cfr. sul punto Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op.cit., pag. 280 e ss., il quale afferma come il limite rappresentato dalla teoria dell'abuso del diritto tradizionalmente intesa, è proiezione della necessità che l'esercizio del diritto sia conforme alla razionalità che sta alla base dell'attribuzione e del riconoscimento da parte dell'ordinamento, del diritto stesso.

ossia a quei diritti che attribuiscono al titolare la possibilità di modificare con una manifestazione di volontà, la propria e l'altrui posizione giuridica; ma anche in riferimento ai diritti di libertà (diritti e libertà fondamentali previsti nella Costituzione) in quanto essi hanno un contenuto piuttosto indefinito e pertanto possono a loro volta essere compromessi da un altro diritto o un'altra libertà costituzionale<sup>293</sup> anche di pari valore.

Quando si parla di abuso del diritto uno dei problemi è quello di individuare i criteri (intenzionali, morali, economici, teleologici)<sup>294</sup> in base ai quali l'interprete deve operare dal

---

<sup>293</sup> Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit.

<sup>294</sup> Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit.; I criteri utilizzati in dottrina e in giurisprudenza per individuare le ipotesi di abuso del diritto sono: 1) **criteri intenzionali** soggettivi che fanno perno sulla rilevanza dell' *animus nocendi*. Secondo tali teorie intenzionali-soggettive, l'atto di esercizio di un diritto è abusivo se intenzionalmente ha arrecato un danno ad una controparte facendosi schermo dell'apparenza di legittimità della propria condotta offerta dal diritto soggettivo. Normalmente il criterio della intenzionalità del danno si presenta in coppia con quello della mancanza di interesse effettivo all'esercizio di un diritto. Tuttavia, come evidenzia l'Autore, stante la difficoltà di dimostrare tale mancanza di interesse, per sfuggire alle strettoie di queste teorie intenzionali, si è preferito neutralizzare l'elemento psicologico della intenzione di cagionare danno o molestia trasformando il vantaggio del titolare- la cui assenza è sintomo o addirittura sinonimo di abuso del diritto- in vantaggio "apprezzabile" o "meritevole"; 2) **criteri economici**: le teorie economiche dell'abuso del diritto riconducono il criterio di valutazione al calcolo economico; chi peggiora la situazione di un altro soggetto senza con ciò migliorare la propria, realizza una situazione in contrasto con i criteri di efficienza e pertanto la condotta è abusiva (cfr. Monateri P.G., *Diritto soggettivo*, op.cit.). Secondo l'Autore però questo tipo di analisi non sempre perviene a risultati univoci in quanto chi effettua il calcolo degli interessi in conflitto in termini di costi/benefici ha infatti una certa discrezionalità nello scegliere le voci che possono entrare nel calcolo stesso (cfr. sul punto Monateri P.G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà*, (un saggio di Comparative Law and Economics), in *Diritto privato*, 1997, 89); 3) **criteri morali**: che si concretizzano in un giudizio lato sensu morale. Tuttavia il criterio della valutazione "morale" dell'atto abusivo è solitamente presupposto di quelle dottrine che negano la configurazione del divieto di abuso del diritto in quanto ritengono che una valutazione in termini di abusività dell'atto non può che avere natura soggettiva e dunque è inammissibile e inopportuna; 4) **criteri teleologici**: sono i più ricorrenti nella letteratura dell'abuso del diritto e qualificano l'abuso come una distorsione



momento che la formula abuso del diritto al pari di altre, è una clausola generale dal contenuto vuoto che necessita di essere concretizzata alla luce di criteri giuridici ed extragiuridici.

Di certo la condotta del titolare del diritto diviene abusiva se il sacrificio imposto alla controparte risulta sproporzionato rispetto al vantaggio che il primo riceve e che non trova giustificazione alla luce dei vari criteri oggettivi<sup>295</sup>.

Spesso è necessario il bilanciamento tra diritti e interessi in conflitto. Talora ciò non è possibile come nel caso di libertà di iniziativa economica privata e dignità umana in quanto il bilanciamento è già stato effettuato a monte, all'interno del documento costituzionale (art. 41, comma 2 Cost.)<sup>296</sup>.

L'abuso del diritto secondo parte della dottrina<sup>297</sup> può essere considerato l'elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto il cui fondamento è rinvenibile per alcuni nell'art. 833 c.c., per altri nell'art. 2 della Costituzione, per altri ancora nelle norme che disciplinano la buona fede oggettiva e la correttezza (1175, 1337, 1366, 1375 c.c.); esso è frutto di elaborazioni

---

del diritto rispetto alla sua funzione tipica, alla sua ragion d'essere, ai principi fondamentali ecc..)

<sup>295</sup> cfr. Natoli U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, op.cit.

<sup>296</sup> Pino G., *L'abuso del diritto*, op.cit. secondo il quale ciò però non esclude che in sede giudiziale si possano presentare ulteriori problemi di tipo interpretativo in merito per esempio a cosa nel caso concreto sia esattamente "iniziativa economica privata" e cosa "dignità umana". Tuttavia, una volta determinato in via interpretativa il significato dei due termini, il giudice non dovrà effettuare un bilanciamento tra questi due beni costituzionalmente garantiti essendo già stato stabilito quale dei due prevarrà in caso di conflitto

<sup>297</sup> Trapuzzano C., *L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); Cfr. Patti S., *Abuso del diritto*, op.cit.; Gambaro A., *Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero*, op.cit.; Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit.

giurisprudenziali che sulla scorta dei principi dell'ordinamento e di quelli costituzionali ha superato la rigidità del brocardo di origine romanistica *qui iure suo utitur neminem laedit* (Chi esercita un proprio diritto non fa male a nessuno) riprendendo invece il concetto *non omne quod licet, honestum est* (non tutto quanto è (giuridicamente) permesso, è (moralmente) onesto) ovvero *summum jus est summa iniuria* (Il sommo diritto è somma ingiustizia).

Come già si è evidenziato vero e proprio abuso dovrebbe aversi tutte le volte in cui una attività che pur apparentemente ed esteriormente si presenta come corrispondente al contenuto formale del diritto non è congrua sostanzialmente con i fini del diritto stesso<sup>298</sup>.

Non si può confondere il fenomeno dell'abuso del diritto con quella di eccesso dal diritto<sup>299</sup>: quest'ultimo ricorre ogni

---

<sup>298</sup> Si v. Cataudella M.C., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, secondo la quale *si ha abuso del diritto quando un soggetto esercita un diritto – riconosciuto dalla legge o da un contratto – non per perseguire un fine ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento, quanto piuttosto per realizzare un obiettivo in contrasto con lo stesso* (pag. 19).

<sup>299</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 182 e ss ; cfr. Cass.civ., 15 Novembre 1960, n. 3040 in Foro.it, 1961, I, 256 (con nota di Scialoja A., *Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo?* criticata peraltro per il fatto di confondere la nozione dell'abuso del diritto con quella dell'eccesso dal diritto) secondo la quale il mancato o negligente uso da parte del titolare di un diritto, della facoltà di agire in difesa del proprio diritto per rimuovere una situazione che risulta dannosa sia per il titolare del diritto – legittimato ad agire in giudizio - sia per gli altri, può costituire uso anomalo del diritto ed essere fonte di responsabilità risarcitorie in quanto attiene all' esercizio di ciascun diritto sostanziale la facoltà di farlo valere nell' ambito della legge che lo riconosce e nei confronti di chi ha posto in essere o sta per porre in essere una situazione contraria a quel diritto. Pino G., *L'Abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit. Cfr. anche Martines M.P., *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006; Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali*.

qualvolta si viola un limite fissato dallo *ius dictum* in relazione ad una singola prerogativa e non sorgono particolari problemi, almeno così sembra, circa la sua individuazione; l'abuso del diritto al contrario risponde all'esigenza di conferire una qualificazione giuridica rilevante alla attività che il soggetto esercita in "apparente" conformità con il suo diritto; tale formula sta ad indicare che si vuole *coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere*<sup>300</sup>.

Il fenomeno reale sotteso all'abuso del diritto ha negli anni assunto un significato ed una portata via via crescente soprattutto per la maggiore complessità ed instabilità dei rapporti giuridici che si vanno instaurando in un tempo nel quale sembra che il dogma della certezza del diritto è sempre più in crisi. Soprattutto deve ritenersi che presentano maggiore complessità molti rapporti privati specie in quei settori - come quello giuslavoristico - dove sussistono situazioni di forza<sup>301</sup>

Attualmente la figura dell'abuso del diritto può essere

---

Jovene, Napoli, 2012, pag. 238 e ss

<sup>300</sup> Natoli U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv.trim.dir.proc.civ., Giuffrè, Milano, 1958. Sia l'abuso del diritto che l'eccesso dal diritto comportano uno sconfinamento dell'*agere* permesso al soggetto ma si distinguono in quanto l'abuso è apparentemente conforme al contenuto del diritto. Mentre cioè nell'ipotesi in cui ricorre l'eccesso dal diritto, lo sconfinamento dal contenuto del diritto è di immediata rilevanza in quanto l'atto, oltrepassando i limiti posti, non è riconducibile al paradigma normativo, nel caso in cui sussiste l'abuso, lo sconfinamento non è rilevabile immediatamente ma occorre accertare l'interesse che il soggetto vuole in concreto soddisfare esercitando le prerogative attribuite. Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op.cit., pag. 83 e ss.; cfr. anche Bonanzinga R.T., *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it) ;

<sup>301</sup> Siffatta caratteristica ha indotto taluno a preferire in tale ramo del diritto il ricorso alla figura dell'abuso di potere come forma peculiare dell'abuso del diritto tipica delle situazioni dove non esiste sostanziale parità tra le parti. Cfr. Lombardi G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1967

rintracciata nel recepimento della normativa comunitaria<sup>302</sup>, nella legge a tutela del consumatore, nel diritto di recesso per i contratti conclusi al di fuori della sede dell'impresa, nella disciplina sulle clausole abusive e nelle pronunce giurisprudenziali in materia di obbligazioni in generale, in materia di rapporti di lavoro subordinato con riferimento al comportamento del datore di lavoro e di giustificato motivo e giusta causa di licenziamento, nel diritto societario, ecc..

Ma sembra opportuna anche, per individuare i reali lineamenti della nozione, un'analisi prima di tutto storica, dottrinale e giurisprudenziale, tale da far emergere la sua fisionomia e fare luce dunque sulla reale funzione e sulla sua "posizione" all'interno dell'ordinamento giuridico.

La nozione di abuso del diritto, al pari di quella della buona fede, affonda le sue radici in epoca romana, in particolare nella nozione di *aemulatio*<sup>303</sup>, termine con il quale la giurisprudenza

---

<sup>302</sup> La dottrina comunitaria ha configurato l'abuso del diritto come strumento di controllo sull'esercizio dei diritti soggettivi (Corte di Giustizia CE- 23 marzo 2000, C/373/97 secondo cui il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali applichino una disposizione di diritto interno che consenta loro di valutare se un diritto riconosciuto da una norma comunitaria venga esercitato in modo abusivo) In particolare è stata posta attenzione alle forme di controllo sull'esercizio delle prerogative individuali a carattere giudiziale. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee a volte ha individuato l'abuso del diritto attraverso il criterio c.d. teleologico o funzionale basato sulla verifica della deviazione dell'atto di esercizio del diritto dalla finalità per cui il diritto è stato riconosciuto dalla norma; altre volte nel comportamento astrattamente riconducibile all'esercizio di un diritto, che arrechi pregiudizio agli interessi altrui manifestamente sproporzionati rispetto all'interesse perseguito dal titolare della situazione giuridica soggettiva. Gestri M., *Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>303</sup> La teoria dell'abuso del diritto come strumento di controllo da parte dell'ordinamento sull'esercizio dei diritti, trova la sua prima espressione nel settore dei diritti reali, nel divieto degli atti emulativi stabilito dall' art. 833 c.c. secondo il quale *il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*. Il proprietario in altri termini nell'esercizio del

romana definiva i comportamenti posti in essere da un soggetto che rientravano astrattamente tra le prerogative a lui derivanti dall'essere proprietario di un bene ma che erano da lui posti in essere al solo scopo di nuocere ad un altro soggetto e che pertanto erano ritenuti illegittimi (atti emulativi)<sup>304</sup>. La teoria degli atti emulativi ha più di uno spunto nelle fonti romane ma riceve la sua piena definizione solo nel diritto intermedio<sup>305</sup>.

La discussa teoria dell'abuso del diritto si muove in tre ambiti: quello giuridico della coesistenza e del conflitto di diritti e della linea segnata dall'ordinamento giuridico; quello morale della interferenza di esigenze etiche nel diritto; quello storico dell'affermarsi di nuove esigenze nella coscienza sociale<sup>306</sup>.

Nel diritto romano che procede attraverso il sovrapporsi di sistemi e ordinamenti, l'interpretazione creatrice dello *ius civile* ad opera della giurisprudenza permette l'adeguazione al moltiplicarsi e all'evolversi delle esigenze storiche giuridiche attraverso l'elaborazione dei *prudentes*, della *bona fides*, dello *ius gentium*, grazie alla ricchezza del diritto pretorio che contribuisce a sviluppare i rapporti fondati sullo *ius civile*. E le

---

suo diritto non può compiere atti che non rechino a lui vantaggio ma rechino invece danno o molestia ad altri. La giurisprudenza tradizionale ritiene che, ai fini della configurazione dell'atto emulativo, siano necessari due elementi: l'uno obiettivo ossia la mancanza di utilità e l'altro soggettivo ossia l'*animus nocendi*, l'intenzione cioè di nuocere. Bessone M., (a cura di), *Lineamenti di diritto privato*, VII Ed., Giappichelli, Torino, 2007

<sup>304</sup> De Carla R., *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell'abuso? Riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giur.cost.*, n. 4/2010, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 3627 e ss;

<sup>305</sup> Grosso G., (voce) *Abuso del diritto (Diritto Romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1956, pag. 161 e ss

<sup>306</sup> Grosso G., (voce) *Abuso del diritto*, op.cit. pag.

esigenze etiche trovano nella ricchezza dei mezzi dello *ius honorarium* o *praetorium* una risposta alla concretezza delle singole fattispecie che si vanno creando.

L'*exceptio doli* e l'*actio doli* danno elasticità alla valutazione di illiceità e consentono di rispondere al quesito se, avvalendosi di un diritto (facendo valere una pretesa) si abusi dello stesso.

E sono proprio le numerose interferenze, la coesistenza e il conflitto dei diritti in una società sempre più complessa di scambi e commerci che fanno nascere l'esigenza di individuare una linea di delimitazione per essi.

Ma è nel diritto intermedio che si delinea una dottrina tesa a definire i limiti all'uso del proprio diritto in modi e forme che non rechino danno o molestie ad altri senza un proprio vantaggio concreto<sup>307</sup> e che prende in considerazione non solo gli atti emulativi e la nozione di uso abnorme del diritto.

Nel Medioevo infatti si mette in dubbio la validità costante del principio *qui suo iure utitur neminem laedit*; perchè si verificasse l'abuso dovevano essere presenti due circostanze: a) l'esistenza di un diritto formalmente protetto; b) la possibilità di avvalersene per propri utili in modi, se pur non vietati dalla legge, da essa non direttamente e completamente ammessi<sup>308</sup>.

Con l'avvento del cristianesimo fu introdotto un nuovo criterio di equità che trasformò nella sostanza l'ordinamento giuridico

---

<sup>307</sup> cfr. Gualazzini U.,(voce) *Abuso del diritto ( Diritto intermedio)*, in Enciclopedia del diritto, Vol. V, Giuffrè, Milano; vedi anche Messinetti D., *Abuso del diritto*, in Enciclopedia del diritto - Aggiornamenti, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1998; Breccia U., *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato, III*, Cedam, Padova, 1998

<sup>308</sup> Gualazzini U.,(voce) *Abuso del diritto*, op.cit. pag. 163 e ss

romano. Con il diritto naturale si iniziò a parlare di *iustitia* al di fuori e al di sopra del diritto positivo avendo presente la regola consacrata nei capitolari carolingi *lex saeculi merito comprimeretur; iustitia Dei conservaretur* (la legge secolare può essere compressa, la giustizia di Dio va conservata).

Nell'età di mezzo si pose il problema della moralità del diritto e il concetto di abuso del diritto fu riferito non tanto al comportamento giuridico del cristiano quanto al suo comportamento morale<sup>309</sup>.

Il Cristianesimo influì in senso moderatore creando un clima del tutto differente da quello dell'età classica: l'uso abnorme di un diritto ne determinava l'abuso anche se formalmente la legge non lo contestava in maniera diretta ed esplicita.

Per la definizione dei limiti oltre i quali c'era illecito morale (e religioso) e diventava abuso l'uso di certi diritti, ci si avvalse del concorso di legislatori, giuristi e magistrati. Ogni superamento dell'*aequitas* diventava praticamente abusivo<sup>310</sup>.

Una figura generale di abuso del diritto in senso proprio nacque tuttavia solo in epoca più recente per opera degli interpreti francesi del *code civil des Français* del 1804: nei decenni successivi all'adozione del Codice Napoleonico (che non disponeva alcunché al riguardo) essi elaborarono l'istituto dell'*abus de droit* che venne poi accolto in sede legislativa nella

---

<sup>309</sup> Gualazzini U., (voce) *Abuso del diritto*, op.cit. pag.164

<sup>310</sup> Si sentì l'esigenza da parte dei notai, in età comunale, di inserire clausole rafforzative delle obbligazioni del tipo "*stipulans promisit non contraffa cere et non contravenire auxilio alicuius statuti facti vel faciendi nec aliquo modo ingenio iure* (lo stipulante promette di non contravvenire e di non contraffare l'impegno assunto con l'aiuto di qualsiasi statuto fatto o da farsi né in alcun altro modo)

codificazione di altri Stati quali la Germania (anche se l'istituto della *Verwirkung*, la principale figura di abuso elaborata dalla giurisprudenza tedesca, è nata soprattutto sulla base dell'art. 242 del BGB<sup>311</sup> ossia la norma sulla esecuzione in buona fede dei contratti), in Svizzera (art. 2, comma 2 del codice civile del 1907), in Spagna (art. 7, comma 2 del *Titulo Preliminar del Còdigo civil* del 1889 modificato nel 1974)<sup>312</sup>.

In Italia invece, la giurisprudenza formatasi sotto il vigore del codice del 1865 considerava l'esercizio abusivo del diritto solo sul piano morale. Nella stesura del Codice civile del 1942 si tentò di inserire una sanzione anche giuridica dell'abuso del diritto sotto forma di clausola generale contenuta nell'art. 7 che stabiliva che *Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto è conferito*, vietando così di fatto l'abuso del diritto; tuttavia tale disposizione fu eliminata nel testo definitivo<sup>313</sup>.

Il legislatore italiano, ponendosi in contrasto con la legislazione

---

<sup>311</sup> Il Bürgerliches Gesetzbuch (comunemente indicato con le iniziali BGB) è il codice civile della Germania. Entrato in vigore il 1° gennaio 1900, fu il risultato di un lavoro di sistemazione avviato fin dal 1881 e venne considerato al suo tempo come il massimo risultato dell'elaborazione giuridica moderna, in quanto è il codice di diritto privato con la terminologia più precisa, dottrinale e coerente di tutti i tempi.

<sup>312</sup> De Carla R., *La nuova fortuna dell'abuso del diritto*, op.cit. pag. 3627 e ss

<sup>313</sup> La mancanza nel codice civile del '42 di una norma di carattere generale sembra giustificata trattandosi di un problema di teoria generale la cui soluzione di principio difficilmente si lascia tradurre in termini precettivi. E' invece concepibile una varietà di formule particolari entro l'ambito dei singoli istituti attraverso le quali la contemplazione dei cc.dd. abusi rientra nella configurazione dei limiti degli istituti stessi. E' un criterio pratico ma l'unico ravvisabile in sede normativa. Il concetto di abuso trova il suo corretto riferimento alle figure soggettive del diritto e del potere che assorbono gli altri elementi rispetto ai quali si parla spesso di abuso mentre il concetto di limite è inserito nella stessa configurazione dei poteri e dei diritti.



degli altri ordinamenti giuridici contenenti una espressa norma repressiva dell'abuso, ha preferito ad una norma generale norme specifiche che consentissero di sanzionare l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti (si pensi all'art. 330 c.c., all'art. 1015 comma 1, all'art. 2793, ecc.; alle disposizioni sanzionatrici di alcuni atti la cui ratio è ravvisabile nella esigenza di reprimere un abuso del diritto come ad es. l' art. 1059, comma 2 o al 1993 comma 2<sup>314</sup>)<sup>315</sup>.

In ogni caso, anche in assenza di una specifica previsione normativa (al di fuori dell'art. 833 c.c. che vieta gli atti emulativi) la giurisprudenza italiana tuttavia, ha ricavato l'esistenza di un generale divieto di esercizio abusivo dei diritti nella materia contrattuale, concretizzatosi nell'obbligo di buona fede nella esecuzione delle obbligazioni (1175 c.c.) e più in particolare nella esecuzione dei contratti (1375 c.c.).

Si tratta di un quadro normativo ormai consolidato nel tempo.

In particolare la giurisprudenza della Cassazione<sup>316</sup> nelle sue

---

<sup>314</sup> Levanti S. *Abuso del diritto*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)

<sup>315</sup> Art. 330: *Il giudice può pronunciare la decadenza della potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio dei figli. In tal caso per gravi motivi il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.* Art. 1015, comma 1: *L'usufrutto può anche cessare per l'abuso che faccia l'usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni.* Art. 2793: *Se il creditore abusa della cosa data in pegno il costituente può domandarne il sequestro.* Art. 1059 comma 2: *La concessione però fatta da uno dei comproprietari indipendentemente dagli altri, obbliga il concedente e i suoi eredi o aventi causa a non porre impedimento all'esercizio del diritto concesso.* Art. 1993, comma 2: *Il debitore può opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, soltanto se, nell'acquistare il titolo, il possessore ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo.*

<sup>316</sup> Cfr. Cass.civ. Sez. Lav. n. 9501/1995; Cass.civ. Sez. Lav., n. 14229 del

pronunce sempre più spesso ha fatto proprio un concetto di abuso non più ancorato ai canoni tardo romanistici della *aemulatio e dell'animus nocendi*, così da sanzionare comportamenti che fino a poco tempo fa erano considerati del tutto leciti dall'ordinamento<sup>317</sup>.

Al pari del Codice civile del 1942, nella Costituzione Italiana del 1948 non era presente nessuna clausola generale che in modo espresso vietava di abusare di un diritto o di un potere. Tuttavia anche in assenza di una simile clausola, la dottrina civilistica e

---

15.11.2001 e 10750 del 3.8.2001; Cass.civ. Sez. III, n. 20106 del 18.9.2009; tutte in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); cfr. Gentili A., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano 2012, pag. 40 e ss., secondo il quale *Aderendo alle motivazioni ampiamente illustrate nella sentenza della Cassazione 18.9.2009, n. 20106, nel caso sottoposto si realizza, a mio avviso, una palese violazione dei principi degli artt. 1175 e 1375 c.c. di correttezza e di buona fede che sovrintendono all'esecuzione del contratto. La violazione del principio della buona fede oggettiva, cui devono conformarsi le parti, può sfociare nell'abuso del diritto, allorchè una delle parti intenda conseguire un obiettivo ulteriore rispetto a quello previsto dalla norma. In tale ipotesi il giudice non potrà limitarsi a riconoscere la "ingiustificatezza semplice" del licenziamento, adottando quindi i conseguenti provvedimenti previsti dal comma 5 dell'art. 18, ma dovrà verificare se il "fatto di insufficiente gravità" sia tale da configurare gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa. Il novellato art. 18 disciplina infatti le conseguenze derivanti dalla sussistenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, ma non ha introdotto modifiche alla nozione delle fattispecie, quale definita dall'art. 3 della legge n. 604/1966 e dall'art. 2119 c.c.. Resta quindi invariato il potere/dovere del giudice di verificare la sussistenza o meno dei presupposti per una sanzione espulsiva, individuando la sanzione conservativa da adottare, anche alla luce del comportamentio del datore di lavoro, eventualmente adottato in contrasto con i doveri di correttezza e buona fede. Potere/dovere ribadito da ultimo dalla Cassazione (sentenza 10.10.2012 n. 17257) secondo cui anche nell'ipotesi in cui la disciplina collettiva preveda un determinato comportamento quale giusta causa di licenziamento, il giudice deve comunque valutare l'effettiva gravità del comportamento alla luce di tutte le circostanze del caso concreto.*

<sup>317</sup> De Carla R., *La nuova fortuna dell'abuso del diritto*, op.cit. pag. 3627. L'istituto dell'abuso del diritto ha avuto fasi alterne di maggiore o minore fortuna che proprio come l'araba fenice risorge dalle sue ceneri quante volte viene espunto dall'ordinamento come scrive Alpa G., *I principi generali*, in Iudica G., Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993

pubblicistica ha rinvenuto un fondamento costituzionale dell'istituto dell'abuso del diritto e della nozione di buona fede di cui è espressione, nell'art. 2 Cost.<sup>318</sup> (sul rispetto dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale), nell'art. 3, comma 2 (sulla eguaglianza sostanziale), nell'art. 41 (sulla iniziativa economica privata che è sì libera ma non può svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, libertà e la dignità umana)<sup>319</sup>.

L'abuso del diritto peraltro, ormai, trova espresso riconoscimento anche a livello comunitario<sup>320</sup>, nell'art. 54 della Carta dei diritti

---

<sup>318</sup> Secondo parte della dottrina l'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico espressione di un generale principio di solidarietà sociale la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (il riferimento all'art. 2 Cost. è palese ormai) e la cui rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quando astrattamente stabilito da singole norme di legge. In questa prospettiva il criterio della buona fede costituisce lo strumento per il giudice atto a controllare lo statuto negoziale in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi; l'abuso del diritto sarebbe invece il criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede. Come conseguenza dell'abuso, l'ordinamento giuridico pone una regola generale che si concretizza nel rifiuto di tutela ai poteri, interessi e diritti esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio e posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali*, op.cit. pag. 245

<sup>319</sup> Cfr. sul punto Lombardi G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967. In particolare per quanto riguarda il collegamento tra l'art. 3 comma 2 e l'art. 41, comma 2 Cost., ID, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1967; secondo l'Autore nel caso di tutela dei diritti fondamentali nei confronti dei poteri privati, la garanzia scaturisce dal confluire da un lato della "norma- principio" relativa ai singoli diritti di libertà e dall'altro, dalla "norma di collegamento" volta a limitare in funzione di libertà, le posizioni di supremazia privata consentendo al diritto fondamentale di operare anche nei loro confronti. E' essenzialmente qui il fondamento dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti di diritto privato. Quello che più conta poi, è che si tratta di una garanzia individuata interamente a livello costituzionale.

<sup>320</sup> Il divieto di abuso del diritto è diventato principio interpretativo assoluto di tutte le norme europee nazionali e delle stesse norme contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (che all'art. 54 - *Divieto di abuso del diritto* - contiene tale principio). In particolare secondo Marino I.M., *Profili giuridici della democrazia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto e Processo amministrativo*, n. 1/2012, ESI, Napoli, 2012, pag. 13 e ss., spec. pag. 20, *nessuna*

fondamentali dell'Unione Europea<sup>321</sup> (*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta*) firmata a Nizza il 7 Dicembre 2000 che in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) ha acquistato lo stesso valore giuridico dei trattati<sup>322</sup>.

La costante giurisprudenza della Comunità europea<sup>323</sup> contrasta l'esercizio abusivo e fraudolento del diritto comunitario e ritiene che questo non precluda ai giudici nazionali di servirsi di una

---

*disposizione della Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute dalla Carta stessa o imporre a tali diritti e libertà, limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta...ma dal momento che la democrazia è così, i diritti che la supportano non si conquistano una volta per tutte ma occorre monitorarle continuamente per evitare di perderle.*

<sup>321</sup> Bronzini B., *La tutela dei diritti fondamentali...* op cit., pag. 54 e 55

<sup>322</sup> L'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riproduce il contenuto dell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Bonanzinga R.T., *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), pag. 19 e ss, l'istituto è tornato ad essere d'attualità ed è prevedibile che l'interesse della dottrina sia destinato a crescere nel prossimo futuro considerato che il divieto dell'abuso del diritto è stato espressamente enunciato dalla Carta Europea dei diritti fondamentali di Nizza sia pur limitatamente alla preservazione dei diritti e libertà contenuti nella Carta medesima. Il rinnovato interesse manifestato dalla dottrina si collega anche ad importanti pronunce giurisprudenziali che, in materia di diritto del lavoro, in materia civile e tributaria, hanno utilizzato la categoria in esame per sanzionare condotte del titolare del diritto per il modo come il diritto è stato esercitato: ciò sul presupposto che oltre alla attribuzione di un diritto soggettivo in capo al titolare emerge un utilizzo del diritto formalmente rispettoso della disposizione attributiva ma concretamente svolto in violazione di altri criteri di valutazione giuridici ed extragiuridici con conseguente sbilanciamento degli interessi in favore del titolare. Ferrari P., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, (a cura di Antonio Vallebona), in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, Edizione 12/2010, n. 1, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, pag. 24 e ss

<sup>323</sup> Tra le tante cfr. Corte di Giustizia CE 12 Maggio 1998 , causa C-367/96

disposizione del diritto nazionale al fine di verificare se l'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma comunitaria sia abusivo o meno.

E da tempo in dottrina è viva la disputa intorno alla figura dell'abuso del diritto e alla sua operatività quale categoria civilistica generale<sup>324</sup>. Ripercorrendo i vari studi si nota un continuo dialogo sulla materia ma anche una evoluzione che ha condotto ad individuare singole fattispecie abusive tipizzate, a definire il rapporto tra l'abuso del diritto e le clausole di buona fede e correttezza e alla affermazione dell'abuso del diritto come categoria concettuale autonoma. Infatti, in passato il rifiuto di tale figura rispondeva ad una concezione individualista per nulla propensa a consentire la sindacabilità di tutta una serie di prerogative private: si fa largo la convinzione che gli atti vadano valutati al di là della loro veste formale<sup>325</sup>.

Alla dottrina francese si deve la prima e più massiccia elaborazione della problematica dell'abuso del diritto configurato nelle sue prime manifestazioni come principio etico più che

---

<sup>324</sup> Cfr. sul punto Rotondi M., *L'abuso del diritto*, in Riv. dir. civ., Cedam, Padona, 1923, pag. 105 ss.; Natoli U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv. trim. dir. proc. civ., Giuffrè, Milano, 1958, pag. 37 ss.; Rescigno P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, pag. 13 ss.; Romano S., *Abuso del diritto*, in Enciclopedia del diritto, I, Giuffrè, Milano, 1958, 168 ss.; Patti S., *Abuso del diritto*, in Digesto Discipline Privatistiche, Torino, 1987, 2 ss.; Messinetti D., *Abuso del diritto*, in Enciclopedia del diritto, Aggiorn. II, Giuffrè, Milano, 1998, 1 ss.; Salvi C., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in Enc. giur., I, Roma, 1988; Gambaro A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato straniero*, in Enciclopedia Giuridica, I, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988; AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Cedam, Padova, 1998.

<sup>325</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 181 e ss.

giuridico<sup>326</sup>.

Una parte di essa<sup>327</sup> qualificava l'abuso come il contrasto tra l'esercizio di una prerogativa pur attribuita da una norma giuridica e i dettami della morale. In particolare, l'abuso presupponeva che l'esercizio del diritto anche se si manteneva nei limiti di una esatta corrispondenza al regolamento normativo ciò nonostante veniva avvertito come contrastante con un dovere morale in virtù del danno che provocava<sup>328</sup>.

Secondo altra parte<sup>329</sup>, lo spirito del diritto contenuto nella norma è rappresentato dalla sua funzione sociale attribuita dalla comunità; l'abuso del diritto consiste appunto nel contrasto tra

---

<sup>326</sup> La figura dell'abuso del diritto è sorta in Francia ad opera della giurisprudenza come reazione e correzione ai principi che costituiscono le basi ideologiche e giuridiche del Codice Napoleonico: il formalismo legale e l'assolutismo dei diritti. Come afferma Patti S., (voce) *Abuso del diritto*, op.cit., la formulazione del principio dell'abuso del diritto appare una conseguenza della assolutezza dei principi enunciati dopo la rivoluzione francese. La proclamazione dei diritti e la garanzia delle libertà se da una parte diedero all'economia la certezza dei rapporti che essa richiedeva; dall'altra permisero uno sviluppo del tutto autonomo rispetto ad ogni controllo ed intervento dello Stato, favorendo così il verificarsi di "abusi".

<sup>327</sup> Savatier R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, II vol., Tomo I, Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951; cfr anche Dabin J., *L'abus de droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, Belgique Judiciaire, 1921; Charmont J., *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I, 1902

<sup>328</sup> In particolare, secondo Savatier R., *Traité de la responsabilité civile en droit*, op.cit., L'abuso può aversi nell'esercizio di un diritto conforme al suo schema legale ma in contrasto con un dovere indicato dalla legge morale. Il fatto è moralmente illecito e perciò solo fonte di responsabilità giuridica. L'abuso dunque può ravvisarsi sulla base di un sistema di norme morali estraneo ma parallelo al sistema normativo che assume la funzione di correttivo delle norme giuridiche.

<sup>329</sup> Josserand L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie ... relativité. Théorie dite l'abus des droits*, Préface de David Deroussin, Dalloz, Paris, 2006 secondo il quale in ciascun diritto posto dall'ordinamento giuridico vi è una propria ragion d'essere - un particolare esprit - per cui l'abuso non ha nulla a che vedere con l'illecito poiché gli atti abusivi consistono in atti che *ne violent pas la lettre...de la loi ,mais ils en choquent l'esprit*; l'esprit di un diritto cioè incarna l'*ideal collectif du moment*, la funzione che gli è attribuita dalla comunità, la funzione sociale

l'atto di esercizio del diritto e la sua funzione sociale.

Altra parte ancora della dottrina ha invece negato drasticamente la configurabilità dell'abuso del diritto<sup>330</sup> ritenendo che la condotta può essere qualificata in due modi: o come esercizio del diritto intangibile e insindacabile o come esercizio che fuoriesce dai confini del diritto - in tal caso si parla di illecito - e che va dunque sanzionato (*le droit cesse où l'abus commence*).

Viene dunque negata rilevanza alla figura dell'abuso in considerazione della impossibilità di inserirlo nel sistema della responsabilità civile se non attraverso la sua inclusione nella figura dell'illecito.

Anche nella dottrina italiana<sup>331</sup> ci sono state numerose posizioni che hanno negato tale categoria<sup>332</sup>. Esse negano la giuridicità

---

<sup>330</sup> Plainol M., *Traité élémentaire de droit civil*, II Ed., Paris, 1900

<sup>331</sup> Giova evidenziare come l'esatta comprensione, al di là dei diversi pensieri dottrinali in merito alla figura dell'abuso, dell'esistenza e del significato delle componenti sostanziali della figura dell'abuso del diritto è consentita dalla fondamentale opera di Rescigno P., *L'abuso del diritto*, op.cit., alla quale il dibattito deve la esplicitazione delle più profonde matrici storiche ed ideologiche della figura. Ad esso va il merito di aver evidenziato come la figura dell'abuso del diritto rappresenta un tema nel quale si incontrano e si misurano le diverse ideologie dei giuristi.

Secondo l'Autore, l'indagine sulla figura dell'abuso del diritto va impostata sul piano delle manifestazioni storiche della figura; “ la diversità degli strumenti impiegati infatti non toglie unicità al problema dell'abuso se si guarda il problema come questione sorta storicamente dallo sviluppo e dalle contraddizioni della società liberale e dell' economia capitalista e mantenuta aperta dalla crisi della società liberale e del suo sistema economico. Egli ravvisa due grandi posizioni ideologiche che accompagnano questo processo di crescita dell' abuso : da una parte la ideologia cattolica per la quale l' abuso del diritto rappresenta la pretesa che il giudice possa conoscere e sanzionare il peccato; e la ideologia socialista per la quale l' abuso è un “travisamento laico” del peccato sotto forma di “riprovazione della coscienza collettiva

<sup>332</sup> Nell'ambito dei diritti soggettivi in senso stretto, la formula abuso del diritto appare una “sovrastuttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva (Salvi C., *L'abuso del diritto*, I) *Diritto civile*, in Enciclopedia giuridica, Treccani, Roma, 1988, ovvero “un contenitore” il cui contenuto è la mera somma di istituti quali il divieto di atti emulativi, di cui all'art. 833 c.c., il principio di buona fede di cui

della figura dell'abuso<sup>333</sup> perchè non inquadrabile in una autonoma categoria giuridica<sup>334</sup>.

Più di recente<sup>335</sup> è stato affermato che la figura dell'abuso del diritto oggi non avrebbe più ragion d'essere in quanto per definizione il diritto soggettivo finisce lì dove comincia la sfera di azione della solidarietà: gli atti emulativi e gli altri atti non rispondenti alla buona fede o alla correttezza e contrari alla solidarietà sarebbero fuori dal diritto e costituirebbero allora un eccesso e, in quanto tali, illeciti secondo le norme generali<sup>336</sup>.

---

all'art. 1375 c.c. ecc (in tal senso Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit). E' stato inoltre evidenziato che gli atti non corrispondenti alla buona fede o alla correttezza perché contrari al principio di solidarietà tra i soggetti del rapporto, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo e conseguentemente non costituiscono abuso ossia sviamento dal diritto ma al contrario costituiscono un eccesso dal diritto e in quando tali si intende che possano essere illeciti secondo le norme generali. Così Santoro Passarelli F., *Dottrina generale del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1979 pag. 76; riprende tali considerazioni anche Maresca A., *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 28/1985, Franco Angeli, Milano, 1985, pag. 726 e ss

<sup>333</sup> Rotondi M., *L'abuso del diritto, Aemulatio*, Cedam, Padova, 1979 secondo il quale abuso e diritto sono termini incompatibili per cui la formula abuso sarebbe un non senso e una contraddizione in termini. Si tratta di un fenomeno sociale e non di un concetto giuridico, uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili

<sup>334</sup> Già negli anni '30 Barassi L., *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Giuffrè, Milano, 1930 maestro di Rotondi, pronunciandosi sul tema aveva affermato che il concetto stesso di diritto soggettivo esclude la possibilità di concepire l'abuso. *L'ordinamento giuridico ci consente di muoverci e di agire a nostro piacere: se no a cosa servirebbe la garanzia che al titolare del diritto è concessa circa l'appartenenza e quindi l'esercizio del suo diritto?*. E se viceversa si sconfinava allora non vi è abuso ma addirittura fatto illecito. Tuttavia se si ponga un limite fondato sulla buona fede e sullo scopo, al diritto garantito ad ognuno, si verrebbe a creare difficoltà grandissime al giudice per la sua grande elasticità.

<sup>335</sup> Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1957

<sup>336</sup> Orlandi M., *Contro l'abuso del diritto* (a margine di Cass.civ., 18.9.2009 n. 20106), in *Rivista di diritto civile*, n. 2/2010, Cedam, Padova, 2010, sostiene l'inutilità della nozione di abuso del diritto non perché il riferimento a tale nozione garantirebbe risultati già conseguibili attraverso l'utilizzo delle clausole generali di buona fede e correttezza; ma perché si tratterebbe di una nozione già contenuta nella nozione di atto illecito: in altre parole l'abuso del diritto costituirebbe un



Le resistenze ad ammettere la figura dell'abuso del diritto come concetto giuridico autonomo sono dovute al timore di creare limiti all'esercizio del diritto ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge<sup>337</sup>. Infatti parte della dottrina giuslavoristica<sup>338</sup> riconoscendo la categoria come concettuale, qualifica l'abuso

---

illecito e farebbe sorgere conseguenti responsabilità a carico di chi ne sia stato autore. Secondo Cerreta M., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Antonio Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, suppl. al n. 12/2010 Massimario Giuridico del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, per intimo convincimento all'insegnamento orale e scritto di Santoro Passarelli F., o si è nel diritto o si è al di fuori del diritto. In particolare, *il contenuto del diritto soggettivo è determinato dall'interesse concreto del titolare nonché dal principio di solidarietà tra i due soggetti del rapporto come partecipi della stessa comunità ... gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso ossia uno sviamento del diritto; al contrario ne sono fuori e in quanto tali .. illeciti*.

<sup>337</sup> L'abuso del diritto sembrerebbe pregiudicare anche la certezza delle prerogative spettanti al singolo consociato che si troverebbe nella impossibilità di conoscere a priori i confini delle proprie facoltà di agire con il rischio di vedere sanzionate condotte che riteneva di compiere nel suo pieno diritto. Tuttavia, secondo Messina M., *L'abuso del diritto*, E.S.I., Napoli, 2003, il principio stesso della certezza del diritto se malamente inteso secondo parametri strettamente formalistici e legati alla lettera della norma può diventare fattore di incertezza nello svolgimento dei rapporti giuridici. Al contrario, l'abuso del diritto non solo non contrasta con la certezza del diritto ma è addirittura ad essa funzionale; cfr. anche Natoli U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, op.cit., secondo il quale è l'esercizio indiscriminato del diritto e l'impossibilità di verificare le modalità del suo svolgimento negando spazi per così dire all'abuso, a mettere in discussione la certezza del diritto: escludere la vigenza del principio dell'abuso si risolve nella affermazione del dominio incontrastato dell'arbitrio individuale e nella correlativa negazione di ogni autorità della legge. Secondo Patti S., *Abuso del diritto*, op.cit., l'abuso del diritto è uno strumento idoneo a garantire un esercizio "normale" del diritto soggettivo e la sua esistenza è verificabile sulla base dei principi generali e dei valori sociali dell'ordinamento. Esiste abuso del diritto quando ricorre *un uso oggettivamente anormale del diritto* come contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico o con specifiche disposizioni di legge che lo regolano o quando l'esercizio del diritto non realizzi un temperamento con le esigenze sociali e non miri alla realizzazione di un interesse reale. Cfr. Cass.civ., 15.11.3040, in Massimario della Giurisprudenza Italiana, 1960, 788; Cass.civ., 19.7.1952, n. 3052, in Giustizia civile, 1958; per l'esame della giurisprudenza che configura l'abuso del diritto come "uso anormale" dello stesso, vedi Levi G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 20 e ss

<sup>338</sup> Carinci M.T., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limiti a poteri e libertà del datore di lavoro*, Cedam, Padova, 2005

come tecnica di controllo dell'esercizio dei poteri unilaterali del datore di lavoro

Lì dove la dottrina<sup>339</sup> riconosce autonomia concettuale alla figura dell'abuso del diritto parte dunque dalla considerazione che questo si può verificare proprio per il potere insito nel diritto soggettivo che è attribuito dall'ordinamento giuridico per realizzare un interesse<sup>340</sup>. Un potere privato è infatti riconosciuto in funzione della realizzazione di interessi la cui attribuzione postula da una parte la meritevolezza dell'interesse e dall'altra la congruenza tra l'esercizio del potere e l'interesse per la cui realizzazione il potere è stato costituito.

Da ciò discende l'inaammissibilità per ordinamento giuridico che un soggetto, pubblico o privato, nell'esercizio del diritto riconosciutogli si discosti dall'interesse ad esso sotteso che lo giustifica<sup>341</sup>.

Più in particolare come già prima accennato<sup>342</sup> partendo dall'idea che il diritto soggettivo sia strutturalmente *agere licere* e che con

---

<sup>339</sup> Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 165 e ss.

<sup>340</sup> Sia esso un pubblico potere, una situazione giuridica soggettiva di diritto privato assoluta o relativa, un interesse legittimo, una potestà; ad ognuno di essi è sempre sotteso un interesse sostanziale. Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit. pag. 166 e ss

<sup>341</sup> Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit. pag. 167 la quale evidenzia peraltro come di abuso si parli in tutti i rami del diritto anche se il diritto civile rappresenta il terreno di elezione della sua elaborazione

<sup>342</sup> Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, secondo il quale si ha abuso quando un soggetto utilizza i poteri e le facoltà di cui è titolare per perseguire un interesse differente da quello per cui sono stati conferiti: l'abuso vive dello "scarto tra fattispecie normativa e fatto concreto"; vedi anche Romano S., *Abuso del diritto*, pag. 168 e ss, secondo cui l'abuso del diritto si realizza nel caso in cui si verifica una alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso. Ciò può realizzarsi o come alterazione nella struttura dell'atto o come condotta di rapporti giuridici in contrasto con la buona fede.

l'attribuzione di esso l'ordinamento conferisce facoltà e poteri e quindi il contenuto di un diritto è identificabile sulla base della lettera della norma<sup>343</sup>, occorre accertare se l'atto posto in essere dal soggetto sia riconducibile al contenuto del diritto o ne fuoriesca<sup>344</sup>. Si verificherebbe un "eccesso dal diritto" ma non nel senso di esercizio di poteri e facoltà estranei al contenuto del diritto ma nel senso di un utilizzo di poteri e facoltà propri del diritto soggettivo ma volti a realizzare interessi estranei alla ragion d'essere del diritto stesso<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Secondo Restivo C., *Contributo ad una teoria dell' abuso del diritto*, op.cit. pag. 63 , invece non appartengono al contenuto del diritto soggettivo né la volontà che attiene al piano del suo esercizio né l'interesse in quanto la posizione di interesse del soggetto rileva sul piano della fattispecie a cui l'ordinamento ricollega l'iscrizione di un diritto

<sup>344</sup> Secondo Lombardi M.G., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012, Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, pag. 40 e ss , un comportamento può essere qualificato come abuso del diritto ogniqualvolta il titolare della posizione di vantaggio sposti arbitrariamente i limiti della soluzione di conflitto di interessi intersoggettivi che il legislatore a monte si propone di regolare attraverso l'attribuzione stessa del diritto e consegua un vantaggio non previsto dalla norma rispetto alla ratio della stessa. Vedi anche Minervini A., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012, Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, pag. 60 e ss secondo la quale l'abuso del diritto implica che l'esercizio in concreto di un determinato diritto soggettivo anche se rispettoso delle regole sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico così da determinare una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte con il conseguimento di obiettivi ulteriori rispetto a quelli indicati dal legislatore.

<sup>345</sup> Quando facoltà e poteri sono utilizzati dal soggetto per perseguire interessi diversi da quelli per i quali gli sono stati attribuiti si parla di abuso del diritto. Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op.cit., pag.81 e ss. Secondo l'Autore, l'abuso del diritto è una speciale ipotesi di eccesso dal diritto ma tale affermazione coglie solo parzialmente la realtà evocata dall'abuso. Rispetto ad ogni altra ipotesi di sconfinamento dai limiti fissati dalle prerogative riconosciute al soggetto, l'abuso presenta una peculiarità che ne giustifica la costruzione come categoria autonoma: "l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto". Abusare del diritto è come coprire dell'apparenza del

Si tratterebbe dunque di una specifica categoria concettuale e non di un semplice parametro descrittivo di un criterio, utile cioè solo per la valutazione giurisprudenziale di un determinato comportamento: *il problema scientifico dell'abuso culmina nella determinazione della categoria concettuale relativa alla figura giuridica dell'abuso nonché alla precisazione della incidenza che essa ha su altre nozioni e categorie concettuali del diritto*<sup>346</sup>. D'altra parte, proprio negli anni '60 autorevole dottrina<sup>347</sup> qualificava l'abuso del diritto come *forma qualificativa autonoma*<sup>348</sup> al pari del diritto soggettivo e dell'illecito. *La nozione relativa a ciò che viene designato con l'espressione "abuso del diritto" può essere determinata come la qualificazione connessa normativamente a quel comportamento relativo all'esercizio di un determinato diritto soggettivo che non difforme dagli specifici obblighi normativi previsti a delimitazione dell'esercizio del diritto, sia tuttavia difforme dall'interesse o valore che sta a criterio di qualificazione che di*

---

diritto un atto che non si ha il diritto di compiere. Si tratta dunque di un fenomeno singolare che necessita di una autonoma e specifica valutazione rispetto alle altre ipotesi nelle quali si ha un puro e semplice sconfinamento dai limiti del diritto. L'abuso del diritto risulta sulla base di un accertamento a posteriori dell'interesse concretamente perseguito dal soggetto ed è proprio la tecnica di rilevazione dello sconfinamento dal contenuto del diritto che distingue l'abuso del diritto dall'eccesso del diritto vero e proprio: l'eccesso dal diritto risulta valutando l'atto *staticamente* mentre l'abuso del diritto si evidenzia valutandolo in una prospettiva *dinamica* che mette a nudo l'interesse per il quale esso è stato posto in essere; sicchè solo questa prospettiva che richiede un accertamento concreto e a posteriori può mostrare l'eventuale abuso.

<sup>346</sup> Giorgianni V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963, pag. 193 e ss

<sup>347</sup> Giorgianni V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op.cit. pag. 327 e ss.

<sup>348</sup> Giorgianni V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op.cit., pag. 328, parla di una qualificazione giuridica di "contrarietà al diritto" ben distinta dalla qualificazione in termini di illecito

*quel comportamento medesimo fa un esercizio del diritto soggettivo*<sup>349</sup>.

Queste impostazioni teoriche che qualificano la figura dell'abuso come autonoma categoria concettuale si allontanano da quelle, pur largamente diffuse<sup>350</sup>, che ritengono che nel campo delle obbligazioni e dei contratti l'abuso trova fondamento e opera per il tramite del canone della buona fede<sup>351</sup>. Sembrerebbe ciò sulla convinzione che la funzione "correttiva"<sup>352</sup> della buona fede coincide con la nozione di abuso del diritto per il fatto che ne

---

<sup>349</sup> Giorgianni V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, op.cit. pag. 193

<sup>350</sup> Esiste nella nostra cultura giuridica una diffusa tendenza ad associare e addirittura in alcuni casi ad identificare il problema dell'abuso con quello della buona fede. La Corte di Cassazione con sentenza n. 20106 del 18.9.2009 ha infatti affermato che *i principi di buona fede e abuso del diritto si integrano a vicenda costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali sono stati conferiti. Quando la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso.*

<sup>351</sup> In questo senso Meruzzi G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005, pag. 358 e ss., secondo il quale tanto la regola della buona fede che il principio dell'abuso adempiono ad una medesima funzione selettiva degli interessi perseguiti nell'esercizio delle prerogative connesse alle posizioni giuridiche soggettive. Egli ritiene che si possa affermare una loro sostanziale sovrapposizione nel campo del diritto delle obbligazioni e dei contratti tali da renderli facilmente intercambiabili sotto il profilo sia concettuale che operativo. Osserva peraltro che si tratta di una sovrapposizione sostanziale ma anche parziale sia per il fatto che il divieto di abuso opera in un ambito sistematico più vasto della buona fede sia perché la funzione selettiva ad esso affidata si attua anche nello specifico settore dei rapporti obbligatori, tramite clausole generali e norme elastiche diverse dalla buona fede.

<sup>352</sup> L'operatività della clausola generale buona fede come mezzo per reagire alle condotte che si presentano come formalmente legittime ma sostanzialmente abusive e fraudolente, deriva in virtù delle riconosciute funzioni: **a) integrativa** ossia della capacità di specificare e completare mediante la creazione di nuovi obblighi il contenuto e gli effetti del rapporto obbligatorio; **b) correttiva** degli effetti del rapporto ossia limitando o addirittura modificando il contenuto o gli effetti delle obbligazioni che dal contratto già derivano; **c) eversiva** ossia interviene nella lettera della legge creando nuove regole giuridiche. cfr Di Majo A., *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967

condivide la medesima logica ed esigenza.

La giurisprudenza infatti utilizza spesso, insieme, la categoria dell'abuso e i parametri di giudizio offerti dalla buona fede e correttezza (artt. 1175, 1375).

Si è ritenuto che la differenza che intercorre tra la buona fede e l'abuso del diritto sta nel fatto che nel caso in cui il controllo in merito all'esercizio del diritto venga filtrato attraverso il canone della buona fede, non viene in rilievo in tal modo lo scopo per il quale tale esercizio è avvenuto bensì le modalità con le quali esso è realizzato<sup>353</sup>.

La buona fede è certamente una penetrante regola di conformazione del rapporto contrattuale e certamente opera anche quale criterio di valutazione del suo aspetto dinamico vale a dire della sua esecuzione e quindi consente di valutare il modo con il quale le parti si sono comportate nell'esecuzione del contratto, il modo in cui il contratto ha ricevuto esecuzione.

Resta però estraneo a tale valutazione la considerazione del profilo teleologico del diritto (come in concreto esercitato). Risulta chiaro quindi, anche se la valutazione in entrambi i casi riguarda il momento dinamico del diritto soggettivo, ossia il suo divenire, che gli oggetti di valutazione sono differenti e sono rappresentati rispettivamente dal suo profilo modale nella buona fede e causale nell'abuso del diritto.

Il concetto di abuso è quindi altro rispetto alla buona fede e la valutazione che l'uno e l'altro consentono sembrano divergere

---

<sup>353</sup> D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in I Contratti, IPSOA, Milano, 2010

radicalmente a tal punto che l'utilità della figura dell'abuso risulta subordinato proprio alla sua totale emancipazione da altre nozioni, tra queste quello della buona fede<sup>354</sup>. Esso non è dunque criterio rivelatore<sup>355</sup> della violazione dell'obbligo di buona fede<sup>356</sup>; e merita un ruolo teorico sistematico autonomo<sup>357</sup> dal momento che non è un "sottoprincipio" ad essa sotteso<sup>358</sup>.

Si ritiene dunque che i due concetti non sono coincidenti in quanto la nozione di abuso ha uno specifico spazio nelle logiche dell'ordinamento tale da poter avere una significativa rilevanza nell'ambito dei processi conoscitivi dell'ordinamento<sup>359</sup>.

Esso deve essere valutato nella propria sostenibilità teorica: *lungi dall'essere un correttivo del sistema, qualcosa di amorfo che spinge dall'eterno per piegare il sistema a forme di giustizia sostanziale che esso altrimenti non potrebbe realizzare, l'abuso del diritto è principio del tutto interno all'ordinamento perché, nel richiedere l'attuazione non strumentale delle norme giuridiche garantisce la puntuale e appropriata funzione ed attuazione di queste e quindi in ultima istanza, dell'ordinamento*

---

<sup>354</sup> Nigro C., *Brevi note in tema di abuso del diritto*, op.cit., pag. 2549 e ss

<sup>355</sup> In questo senso Sacco R., *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in Trattato di diritto civile (diretto da Sacco R.), Giappichelli, Torino, 2001 secondo il quale la dottrina dell'abuso non contiene né contraddizioni né errori...ma è superflua; in alcuni casi è un rimedio logico inutile; negli altri un inutile doppione. L'inclusione di una categoria parassita non vale ad arricchire il sistema del giurista ma al contrario lo confonde. Il concetto di abuso del diritto sebbene si sottragga alle obiezioni di contraddittorietà logica che da sempre vengono sollevate nei suoi confronti, non sfugge tuttavia ad un ulteriore rilievo: quello di essere in definitiva un concetto superfluo (una superfetazione), in quanto destinato a coprire un terreno già occupato e a svolgere una funzione già assolta dal criterio della buona fede. Cfr. Cass.civ., 18.9.2009, n. 20106.

<sup>356</sup> Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 168

<sup>357</sup> Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 148

<sup>358</sup> Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 163

<sup>359</sup> Così Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op.cit., 298 e ss

*giuridico stesso. Pertanto l'abuso del diritto è principio giuridico e non fenomeno sociale*<sup>360</sup>.

Ricondurre l'abuso alla regola di buona fede significa ridurre l'abuso ad una dimensione esclusivamente relazionale, a strumento per la risoluzione di problemi di contemperamento di interessi o di cooperazione tra soggetti in vista di un determinato assetto di interessi. La buona fede va verificata nell'ambito di una relazione tra soggetti mentre l'abuso del diritto è nel divario tra la norma e il soggetto titolare di una situazione giuridica che nello svolgimento del rapporto esercita le sue prerogative in maniera distorta<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> Ciò è quanto sostenuto da Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 181; l'abuso non rappresenta uno strumento correttivo del normale funzionamento della tutela normativa ma è al servizio dell'interesse individuato dalla norma nel senso che preserva l'aderenza a questo interesse della condotta del titolare. Per prospettare una vicenda di abuso non è necessario postulare né una regola che sovrapponendosi a quella attributiva del diritto consente di sindacarne l'esercizio; né uno spazio vuoto che possa essere presidiato da questa regola: l'abuso rappresenta una categoria che trova la sua giustificazione nella misura in cui interpella la ragion d'essere e le dinamiche delle prerogative soggettive e non già in quanto si pretende di affidarle compiti di integrazione e correzione del sistema risultante dalle norme positive. Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op.cit., 123 e ss.

<sup>361</sup> Messina M., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 179 e ss.. Non può negarsi che l'abuso del diritto presenta un suo specifico statuto (che possiede ormai già a livello di un dato normativo che ben può dirsi di rango costituzionale – art. 54 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Mentre l'abuso del diritto disegna dal punto di vista delle modalità della condotta di chi esercita la singola situazione giuridica soggettiva, i casi in cui tale esercizio avviene per finalità estranee a quelle per le quali è stata riconosciuta la situazione giuridica soggettiva e quindi attiene per così dire al piano della ricostruzione della latitudine della situazione giuridica; la buona fede, nella sua portata integrativa del rapporto obbligatorio è fonte di obblighi di protezione della sfera giuridico-patrimoniale della controparte. Dal punto di vista delle conseguenze e dei rimedi, la condotta di esercizio abusivo di un diritto potrà ben vedersi sanzionata attraverso il diniego di effetti al medesimo (proprio perché deviato a perseguire conseguenze diverse da quelle per le quali il riconoscimento della situazione giuridica soggettiva è avvenuto); al contrario la condotta di violazione agli obblighi di protezione che discendono dalla clausola generale di buona fede potrebbero essere fonte di



Tuttavia, nonostante l'attenzione prestata al tema e la chiarezza delle linee che ne delimitano i contorni, ancora oggi il quadro sistematico resta incerto<sup>362</sup>.

La giurisprudenza sia di merito che di legittimità ha già da tempo dimostrato una certa disponibilità ad utilizzare la formula “abuso del diritto” in una serie via via crescente di casi (si pensi al caso recesso dal rapporto di lavoro o l'esercizio del diritto di sciopero o in materia di condotte antisindacali ecc.)<sup>363</sup>.

Ma è proprio in tema di condotta antisindacale che la condotta del datore di lavoro, pur se lecita, può nella sua obiettività presentare i caratteri dell'abuso del diritto allorché l'esercizio del suo diritto si esplica attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà ed è indirizzato a fini diversi da quelli tutelati dalla norma<sup>364</sup>.

Ed ancora in tema di mobbing, il Tribunale di Milano<sup>365</sup>, ricorrendo all'abuso del diritto, ha ravvisato come mobbizzante la condotta del datore di lavoro che, pur attraverso provvedimenti formalmente legittimi, risultava nella sostanza ispirati ad una finalità illecita.

L'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che vieta l'abuso del diritto sembra essere stato, almeno indirettamente, riconosciuta in una recente sentenza della Corte

---

conseguenze risarcitorie. Scognamiglio C., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Antonio Vallebona (a cura di), in *Colloqui Giuridici di Lavoro*, Edizione 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, n. 1

<sup>362</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali*, op.cit. pag. 237 e ss

<sup>363</sup> Cass.civ. Sez.Lav. 29.6.1981, n. 4241; Pret.Bologna, 5.5.1992, in *Giur.it*, 1992, I; Cass.civ. Sez.Lav., 8.9.1995, n. 9501 in *Mass.Giur.It.*, 1995;

<sup>364</sup> Cass.civ.Sez.Lav., 26.11.2007, n. 24581, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>365</sup> Tribunale di Milano, sentenza n. 925 del 29.2.2008 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

di Cassazione<sup>366</sup> (*..acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata e valutare le condotte che nell' ambito della formazione ed esecuzione degli stessi le parti contrattuali adottano*) che intervenendo in una controversia tra alcuni concessionari e una importante casa automobilistica in seguito al recesso unilaterale dal contratto di concessione di vendita di quest'ultima, ha affermato che l'esercizio della autonomia negoziale è sempre sindacabile e che anche una facoltà esercitabile in astratto senza limiti e condizionamenti (per es. recesso ad nutum) è suscettibile di una valutazione da parte del giudice in quanto il nostro ordinamento non consente di considerare tutelabili scelte arbitrarie.

L'abuso del diritto come principio generale del nostro ordinamento giuridico è riconosciuto anche in due recenti sentenze del Consiglio di Stato<sup>367</sup> che, nel qualificare l'abuso del

---

<sup>366</sup> Cass.civ., Sez.III, 18 settembre 2009, n. 20106, in Foro.it., 2010, I, 85 e ss., con nota di Palmieri A.-Pardolesi R. *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contratti*, Ipsa, Milano, 2010, pag. 5 e ss, con nota di D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. L'alternativa alla teoria dell'abuso è la rinuncia ad essa e ai numerosi vantaggi che alla sua applicazione si accompagnano: essa per un verso è idonea a designare sia una regola di definizione dei concreti contenuti di un dato diritto soggettivo del quale segna i confini massimi di estensione permettendo di fissare il punto oltre il quale non vi è tutela ordinamentale; sia di regola di giudizio dell'esercizio del diritto stesso. Dal primo punto di vista la nozione di abuso si lascia apprezzare in quanto agevola la seppur lenta e graduale emersione dei contenuti concreti del diritto; dal secondo punto di vista impedisce che il diritto venga impropriamente destinato al perseguimento di finalità eccedenti la sua conformazione positiva. Nigro C., *Brevi note in tema di abuso del diritto*, op.cit.

<sup>367</sup> C.d.S., Sez.V., 7.2.2012, n. 656; Sez.IV, 2.3.2012, n. 1209, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) ; C.d.s., Sez III, 17.5.2012, n. 2857, in Foro Amministrativo, Vol.XI, 5/2012. Questo più recente orientamento è quello condiviso teso a

processo<sup>368</sup> come una esplicazione del più ampio genere dell'abuso del diritto hanno affermato che *l'abuso del diritto lungi dall'integrare una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. E' ravvisabile, in*

---

valorizzare il principio per cui è vietato abusare del diritto. Com'è noto un risalente orientamento viceversa escludeva l' esistenza di un divieto generale di abusare del diritto considerando tale divieto più che un principio giuridico un concetto di natura etica con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo ma non di sanzione giuridica; per altro orientamento il divieto di abuso del diritto deve ricavarsi in generale dalla norma particolare che vieta gli atti emulativi; per un terzo orientamento il divieto di abuso del diritto va qualificato come corollario dell' obbligo generale di comportarsi secondo buona fede-ossia con lealtà e correttezza. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ormai da tempo abbraccia la tesi che riconosce *valore di norma di principio* al divieto di abuso del diritto applicandola ai rapporti di natura contrattuale ma anche in altri e diversi campi

<sup>368</sup> L'abuso del processo si traduce in varie manifestazioni quali il frazionamento della questione controversa, il ricorso intensivo all'azione giudiziaria per rivendicazione di scarso valore, l'utilizzazione strumentale del processo per finalità ad esso estranee. Una sentenza pilota può essere considerata quella della Cassazione civile, Sezioni Unite, n. 23726/2007 con la quale la Corte (rivedendo un precedente orientamento - Cass.civ.Sez.Un., n. 108/2000) si è espressa nella duplice direzione di una sempre più accentuata valorizzazione delle regole di buona fede e correttezza come specificazione nel contesto del lavoro obbligatorio, degli inderogabili doveri di solidarietà sociali il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 Cost., e in relazione al canone del giusto processo di cui al novellato art. 111 Cost. La tesi ha trovato immediata applicazione nella sentenza n. 1945/2008 della Suprema Corte relativa ad una richiesta di accertamento del trattamento di fine rapporto dopo che era stata effettuata azione giudiziaria per il riconoscimento degli accessori sullo stesso trattamento. In questo caso si è ritenuto che non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziarie di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo in quanto, tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per la sua esclusiva utilità, con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto con il principio di correttezza e buona fede...traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziaria diretta al soddisfacimento della pretesa creditoria, in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte nei limiti di una corretta tutela dei suoi interessi sostanziali. Ferraro G., *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro*, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, n.12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010. Cfr. Cass.civ.Sez.Lav., 5.7.2012, n.11252, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it)

*sostanza, quando nel collegamento tra il potere conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulta alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenza di tale eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale nel senso di rifiutare la tutela dei poteri diritti e interessi esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio ...E' nella formula della mancanza di tutela che sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti e i diritti connessi, attraverso atti di per sé idonei ma esercitati in modo da alterarne la funzione violando la normativa di correttezza che è la regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.*

*Il divieto di abuso del diritto, in quanto espressione di un principio generale che si riallaccia al canone costituzionale di solidarietà, si applica anche in ambito processuale, con la conseguenza che ogni soggetto di diritto non può esercitare una azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo. Si giunge così alla elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio sul piano funzionale e modale del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie difensive.*

*Nel nostro sistema giuridico vige un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, il quale, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.*

*Il divieto di abuso del diritto costituisce norma di principio applicabile sia nei rapporti di natura contrattuale sia in altri e diversi campi.*<sup>369</sup>

---

<sup>369</sup> si v. sul punto Cortese F., *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/2012, Ipsoa, Milano, 2012 secondo cui *..Lo studio dell'abuso del diritto e dell'abuso del processo, infatti, è, nelle materie privatistiche e in quelle processualistiche, molto diffuso, avendo dato luogo a trattazione monografiche anche assai corpose. Le due categorie in esame, anzi, possono dirsi ormai del tutto "familiari, non solo in Italia avendo ormai motivato lo svolgimento di ricerche volte a verificare se si possa individuare, a tale riguardo, anche l'esistenza di principi generali del diritto dell'Unione europea. ...Il giudice, infatti, tramite l'abuso del diritto, può modulare la profondità e le proiezioni del suo sindacato al fine di garantire quell'interesse generale all'effettività della tutela giurisdizionale che si trova affermato all'art. 1 del medesimo c.p.a. e che si nutre non solo della disponibilità concreta di azioni e relativi rimedi, bensì anche dell'amministrazione di una giustizia rapida, efficace e lineare, in diffusa e capillare realizzazione dei principi di cui all'art. 111 Cost. e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

*Gli studiosi del processo civile hanno colto chiaramente questi profili, allorché si sono accorti che il richiamo al "giusto processo", effettuato a più riprese dalla Cassazione proprio in sede di definizione dell'abuso del processo, e non trascurato anche dal Consiglio di Stato, renderebbe esplicitata <l'acquisita consapevolezza che il processo non è solo 'cosa' dei soggetti che vi fanno ricorso per ottenere tutela delle loro situazioni giuridiche soggettive lese, ma è anche e prima di tutto una risorsa a disposizione della collettività e quindi espressione di un bene che si può utilizzare senza esaurirne le potenzialità, che devono restare ad appannaggio di tutti coloro che abbiamo ugualmente bisogno di tale strumento per risolvere le liti tra loro insorte. ..L'unico modo, invece, per attribuirgli una funzione innovativa sarebbe quello di riconoscergli un ruolo di <etero-integrazione>, per consentire ai giudici di ricorrere ad istanze lato sensu "moralizzanti", esterne alle regole esistenti o derivanti da altri sistemi. E' in questo senso, del resto, che, nelle pronunce civili e amministrative, esso viene utilizzato per canalizzare nel giudizio la necessità, di natura quasi deontologica, di "colpire" condotte processuali che siano irragionevolmente contraddittorie o che non siano strettamente "proporzionali" rispetto alla finalità obiettiva della tutela.*

### **3. Abuso (del diritto) della libertà di iniziativa economica privata e discrezionalità giudiziale: tutela dei lavoratori e rimedi esperibili nella legislazione del lavoro. Effettività della tutela e rimedi in forma specifica.**

La caratteristica principale del divieto di abuso del diritto consiste nell'attribuire un notevole grado di discrezionalità agli interpreti<sup>370</sup>.

Parte della dottrina<sup>371</sup> ritiene che il giudice, nel valutare la sussistenza dell'abuso del diritto eserciti un doppio grado di discrezionalità: nella scelta del criterio adottato tra quelli certamente disponibili e nell'applicazione del medesimo al caso concreto.

Il divieto dell'abuso del diritto è la base che giustifica il controllo giudiziale sulla corrispondenza tra l'esercizio in concreto (potere) della prerogativa datoriale e la sua finalità istituzionale secondo l'ordinamento lavoristico<sup>372</sup>.

L'elaborazione circa la determinazione dei poteri del giudice in materia di abuso del diritto, non può prescindere dalla nota pronuncia della Corte di legittimità<sup>373</sup> per la quale *l'abuso del diritto presuppone l'utilizzazione alterata dello schema formale*

---

<sup>370</sup> Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, op.cit.

<sup>371</sup> Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit. parla di un duttile strumento nelle mani del giudice al fine di introdurre un correttivo "extra ordinem" nella trama del diritto puramente legale "in forza di una delega che viene attribuita all'interprete dal legislatore oppure che l'interprete si auto-attribuisce. Cfr. Sacco R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, op.cit.

<sup>372</sup> Pino G., *L'abuso del diritto*, op.cit. pag. 117 e ss

<sup>373</sup> Cass.civ., 18.9.2009, n. 21106, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

*del diritto al fine di conseguire obiettivi diversi da quelli indicati dal legislatore. E' quindi ammissibile un controllo di ragionevolezza in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti.*

Essa dunque esprime l' esigenza di contemperamento ai sensi dell'art. 41 commi 1 e 2 Cost., tra iniziativa economica privata da una parte e diritti fondamentali del prestatore di lavoro dall'altra; contemperamento inevitabilmente affidato all'esercizio in concreto dei poteri del giudice<sup>374</sup>.

In particolare la Cassazione ha ribadito che le concrete modalità di esercizio di un diritto possono essere oggetto di valutazione del giudice senza che ciò comporti il rischio di una valutazione politica o il pericolo di una interferenza con le scelte economiche dell'imprenditore<sup>375</sup>: nella necessità di verificare il rispetto effettivo delle regole enunciate dal combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 trova fondamento il potere del giudice di appurare se nel contesto dell'esecuzione di un contratto un diritto è stato esercitato o meno entro il limite rappresentato dalla sua funzione obiettiva: in quest'ultimo caso se ciò ha provocato la sproporzionata compressione dell'interesse antagonista<sup>376</sup>.

L'abuso del diritto si caratterizza proprio, come già detto, per la valutazione comparativa degli interessi coinvolti nella vicenda che consente al giudice, partendo dalla conflittualità tra opposti interessi, di andare oltre l'elemento della mera distorsione del

---

<sup>374</sup> Costantino G., *Opinioni sul collegato lavoro*, in *Giornale di Diritto del lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 1/2011, Franco Angeli, Milano, 2011, pag. 164 e ss

<sup>375</sup> Nigro C., *Brevi note in tema di abuso del diritto*, op.cit. pag. 2547 e ss

<sup>376</sup> Nigro C., *Brevi note in tema di abuso del diritto*, op.cit. pag. 2548

potere che da solo potrebbe essere inidoneo a determinare l'abuso.

Collocandosi talora in quell'incerto confine tra legittimità e illegittimità, l'abuso può essere infatti apprezzato solo alla luce di un bilanciamento degli interessi/diritti contrapposti nei rapporti contrattuali e obbligatori. In questa prospettiva esso è rimesso all'apprezzamento soggettivo dell'interprete/giudice che si fa carico di valutare caso per caso, se attraverso l'esercizio del suo diritto il titolare ha ottenuto un risultato eccedente le finalità che informa la norma attributiva dello stesso<sup>377</sup>.

Anche se non è rinvenibile in dottrina una definizione univoca dell'abuso del diritto, caratteristica dell'abuso è proprio quella di manifestarsi nell'esercizio del diritto e quindi nell'osservanza della norma<sup>378</sup>. La sua sussistenza è da valutarsi in relazione ai limiti che l'ordinamento pone direttamente o indirettamente al contenuto e all'esercizio del diritto stesso: il comportamento che infrange questi limiti o che frustra la ratio della norma è dunque illegittimo.

La valutazione discrezionale del giudice nel campo del diritto del lavoro non è semplice perché se da un lato la normativa ha carattere puntuale ed inderogabile, dall'altra l'oggetto della obbligazione si riempie di contenuto nel corso dello svolgimento

---

<sup>377</sup> Ciucciovino S. – Corazza L., *L'abuso del diritto dei lavoratori*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, Il sole 24 ore, 2010, pag. 22.

<sup>378</sup> Altrimenti si ricadrebbe nelle diverse condotte *contra legem* oppure in *fraus legis* dalle quali il comportamento abusivo si distingue appunto perché non è di per sé illegittimo né fraudolento. Ciucciovino S. – Corazza L., *L'abuso del diritto dei lavoratori*, op.cit., pag. 22.



del rapporto<sup>379</sup>.

*L'esercizio del diritto soggettivo non si ricollega più all'attuazione di un potere assoluto imprescindibile ma presuppone una autonomia libera, comunque collegata alla cura di interessi ... sicché il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli richiesti dalla natura della disfunzione, può considerarsi abuso in ordine a quel potere pur riconosciuto da quell'ordinamento*<sup>380</sup>.

Strettamente legate alla teoria dell'abuso del diritto sono le tecniche di tutela che possono essere utilizzate in materia lavoristica.

Esse hanno attraversato tre fasi evolutive<sup>381</sup>: **la prima fase** caratterizzata da una norma inderogabile tesa ad un obiettivo di riequilibrio del rapporto di lavoro a tutela della parte debole nella consapevolezza della implicazione della persona del lavoratore nello svolgimento della attività lavorativa e ispirata ad obiettivi di carattere generali che hanno trovato nella Costituzione puntuali riconoscimenti; **una seconda fase** evolutiva collocata grossomodo negli anni '80-'90, contraddistinta dal rapporto dialettico tra la legge i contratti collettivi da una parte e le varie manifestazioni dell'autonomia collettiva dall'altra; **una terza fase**, nella quale tuttora ci troviamo, che si caratterizza per il recupero progressivo della matrice negoziale del rapporto di

---

<sup>379</sup> Ciucciovino S.- Corazza L., *L'abuso del diritto dei lavoratori*, op.cit., pag. 22.

<sup>380</sup> Ferraro G., *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro*, op.cit., pag. 17; cfr. Cass.civ. 16.6.2008, n. 16207, [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>381</sup> Ferraro G., *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro*, op.cit., pag. 15 e ss

lavoro ed il tentativo di rafforzare l'autonomia regolamentare delle parti attraverso varie forme di assistenza, integrazione e partecipazione<sup>382</sup>.

L'interesse per il tema della tutela (in particolare in forma specifica) delle posizioni di vantaggio del lavoratore è stato sollecitato dalle novità introdotte nel '70 dallo Statuto dei Lavoratori<sup>383</sup>; tuttavia l'attenzione per il tema è andato via via scemando per poi registrare nuovi e significativi contributi dottrinali solo dopo molti anni, tesi a rafforzare le prospettive di effettività dei diritti del lavoratore.

Alla base di questi contributi dottrinali<sup>384</sup> e dell'interesse per una tutela reale e non solo risarcitoria c'era il rifiuto di quella logica c.d. compensativa mirante a ricostruire le utilità andate distrutte con l'illecito, mediante il loro corrispondente valore di scambio e che quindi ogni bisogno individuale potesse trovare soddisfazione nel mercato, e ogni "utilitas" dovesse assumere per forza la forma di merce. E proprio questo rifiuto ha portato la dottrina ad interrogarsi sulla possibilità di una tutela che andasse oltre la monetizzazione dell'interesse leso<sup>385</sup>.

---

<sup>382</sup> Manifestazioni della tendenza descritta sono registrabili all'interno della disciplina sui contratti atipici o flessibili in materia ad esempio di contratti a tempo parziale essendo oramai da tempo riconosciuto ampio potere regolativo delle parti private su modalità di lavoro elastiche o flessibili o straordinarie. G. Ferraro, *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro*, op.cit. pag.15

<sup>383</sup> L. n. 300 del 20 Maggio 1970 ("*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*")

<sup>384</sup> Barcellona M., *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, in Mazzamuto S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Jovene, Napoli, 1989, pag. 619 e ss

<sup>385</sup> Cannati G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 133/2012, I, Franco

La logica compensativa infatti se è adeguata a rispondere alle esigenze che nascono nei rapporti prettamente economici non lo è laddove emergono interessi e libertà fondamentali che per definizione non sono riconducibili a merce e non sono per nulla o facilmente surrogabili dal mercato: emblematici sono i rapporti di lavoro dove l'attività lavorativa e la stessa retribuzione non rappresentano solo i termini sinallagmatici del contratto ma coinvolgono interessi fondamentali della persona<sup>386</sup>.

In questa ottica dunque, la tutela specifica risulta appendice naturale dello statuto protettivo dei lavoratori. Se infatti a disposizione del lavoratore ci fosse unicamente una tutela risarcitoria, pagando un prezzo, l'imprenditore riuscirebbe a realizzare l'esatta situazione che con quella norma si intendeva evitare e la sua posizione verrebbe riaffermata e consolidata<sup>387</sup>.

Nonostante ciò l'idea che ancora oggi predomina è quella che riduce le posizioni dei lavoratori ad un equivalente monetario.

Tuttavia sono sempre più frequenti i tentativi di ricavare dal principio di effettività della tutela (art. 24 Cost.) un'ottica simile a quella dei paesi di common law dove il giudice accorda quel rimedio che meglio soddisfa il bisogno che nasce dal torto subito. Il bisogno della parte lesa dovrebbe essere soddisfatto con il rimedio che più lo soddisfa (*Ubi remedium ubi ius*): se la tutela

---

Angeli, Milano, 2012, pag. 129 e ss

<sup>386</sup> Cfr. Cannati G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, op. cit., pag. 130; V. Speciale, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in WP.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 118/2011; cfr. anche Cass.civ.S.U., 10.1.2006, n. 141, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>387</sup> Cannati G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, op.cit. pag. 130

deve essere piena ed effettiva il giudice deve dispensare quel rimedio che corrisponde meglio al contenuto della posizione lesa<sup>388</sup>. Del resto l'approfondimento dell'art. 24 Cost. ha indotto autorevole dottrina<sup>389</sup> a ritenere che l'intenzione dei costituenti non era certo quella di imbrigliare l'azione in rigide categorie dogmatiche<sup>390</sup>.

Di certo non si può definire a priori, una volta per tutte quale sia il meccanismo migliore per realizzare una tutela giurisdizionale effettiva anche perché in certi casi lo stesso lavoratore potrebbe ben preferire una somma di danaro piuttosto che una protezione specifica, né, si ritiene, si può enfatizzare la tutela specifica fino a sostenerne la assoluta priorità logico-giuridica; tuttavia se l'unica tutela disponibile fosse quella risarcitoria, la posizione eventualmente lesa nascente dal torto per cui si invoca tutela rimarrebbe insoddisfatta e potrebbe risultare espropriata di un suo interesse fondamentale<sup>391</sup>.

Non si può dunque dubitare del carattere generale che la tutela specifica ha nel nostro ordinamento e che la tutela restitutoria e risarcitoria pensata per le c.d. situazioni di appartenenza<sup>392</sup> non

---

<sup>388</sup> Cannati G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, op.cit. pag. 131

<sup>389</sup> Comoglio L.P., *Rapporti civili. Articolo 24*, in Commentario della Costituzione, (a cura di Branca G.), Bologna-Roma, 1981

<sup>390</sup> Le previsioni ad un "effective remedy" sono contenute anche nell' art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell' Uomo e nell' art. 13 della Cedu e nell' art. 47 della Carta di Nizza

<sup>391</sup> Cannati G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, op.cit. pag. 135; per una definizione dei concetti "situazioni di appartenenza" e "diritti-pretesa ad una prestazione" si veda Di Majo A., *Problemi e metodo del diritto civile. Volume 3*, Giuffrè, Milano, 2001

<sup>392</sup> Si tratta di situazioni caratterizzate dal godimento di certi beni o da certe utilità che il lavoratore già possiede; in questi casi il bisogno di tutela che egli avverte è

sia possibile anche per i diritti-pretesa<sup>393</sup>.

La giurisprudenza<sup>394</sup> a tal riguardo ha apertamente respinto proprio con riguardo al rapporto di lavoro e in ragione della rilevanza degli interessi dei lavoratori, la dicotomia diritti assoluti/tutela specifica e diritti relativi/risarcimento.

Come evidenziato nel paragrafo precedente, sia in dottrina<sup>395</sup> che

---

quello del ripristino che per essere adeguatamente soddisfatto esige la restituzione in integrum alla quale poi, potrà aggiungersi il risarcimento del danno per neutralizzare gli effetti pregiudizievoli medio tempore verificatisi. E' quanto accade per le utilità che nascono dal vincolo contrattuale: da esso il lavoratore trae le utilità fondamentali per la sua persona e, in caso di estromissione dal posto, ciò che egli prima di tutto avverte è l'esigenza della reintegrazione. Si pensi ancora all'interesse alla integrità del suo patrimonio professionale o a non vedere compromesse la propria salute da macchinari pericolosi o la propria dignità da illegittimi controlli a distanza. Cannati G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, op.cit. pag. 138

<sup>393</sup> Quelle posizioni caratterizzate dalla tensione verso certi beni o utilità che il lavoratore non possiede ancora ma che desidera avere: in caso di illecito il bisogno che il lavoratore avverte è quello satisfattivo ossia quello di conseguire tali beni o utilità; bisogno che potrà essere soddisfatto solo dando concreta e reale attuazione alla sua pretesa ( si pensi al caso in cui il rapporto di lavoro si sta costituendo o si va trasformando in melius per esempio per il lavoratore part-timer che nel caso di assunzione a tempo pieno mira alla trasformazione del vincolo in full-time per accrescere le utilità che già traeva dal rapporto). Cannati G., *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, op.cit. pag.138

<sup>394</sup> Cass.civ. S.U., 10.1.2006, n. 141, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>395</sup> L'opinione dottrinale prevalente, ritiene infatti che ci sia una distinzione tra regole di validità la cui violazione può determinare la nullità del contratto, e regole di comportamento la cui violazione può comportare responsabilità con obbligo di risarcimento dei danni. Roppo V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001. Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento si veda Di Majo A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corriere giuridico*, IPSOA, Milano, 2000; Caringella F. - De Marzo G., *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2008; cfr anche Cass.civ., S.U., 23 ottobre-19 dicembre 2007, n. 26724

Il principio di buona fede è considerato il prototipo delle regole di comportamento e la sua violazione determina responsabilità contrattuale o precontrattuale ed eventualmente la risoluzione del contratto: il dovere di buona fede è legato alla circostanza del caso concreto e non può costituire un requisito di validità che la certezza dei rapporti richiede di accertare in base a regole predefinite. Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti*, Utet Giuridica, Torino, 2008 pag. 105

in giurisprudenza<sup>396</sup> c'è la tendenza a ritenere che i principi di buona fede oggettiva e di divieto di abuso del diritto si integrano a vicenda rappresentando la buona fede il canone generale di riferimento del comportamento delle parti anche di un rapporto privatistico e l'abuso del diritto la necessità di correlare i poteri conferiti con lo scopo per i quali essi sono conferiti<sup>397</sup>.

Tuttavia, verificando se c'è stato o meno abuso del diritto si realizza un controllo causale sull'atto al fine di vedere se esso è servito a conseguire uno scopo diverso da quello tutelato dall'ordinamento<sup>398</sup>.

Attraverso il principio di buona fede si compie invece un controllo modale nel senso che sono censurate le modalità con le quali il diritto è esercitato e che inducono a ritenere sleale la condotta del contraente; un controllo dunque esclusivamente procedurale che non può comportare un sindacato sui motivi e sullo scopo per cui il diritto è esercitato<sup>399</sup>.

Il riconoscimento dunque dell'autonomia all'abuso del diritto rispetto al principio di buona fede consente al soggetto che ha subito l'abuso<sup>400</sup> di ottenere una tutela reale attraverso rimedi differenti dal risarcimento del danno<sup>401</sup>.

---

<sup>396</sup> Cfr. Cass.civ., 18.9.2009, n. 20106, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>397</sup> In particolare, D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, op.cit. pag. 22

<sup>398</sup> D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, op.cit., pag. 19; R.T. Bonanzinga, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), pag. 28

<sup>399</sup> D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, op.cit., pag. 22 e ss; R.T. Bonanzinga, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), pag. 28

<sup>400</sup> Breccia U., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 30 e ss

<sup>401</sup> La tutela reale può realizzarsi attraverso mezzi di tutela azionabili in preventivi

L'ordinamento attribuisce pertanto all'interesse del prestatore di lavoro, accanto a forme di tutela risarcitorie-compensative o per equivalente (riparazione del danno) e costitutive (invalidazione degli atti illegittimi del datore di lavoro) tipiche del diritto comune<sup>402</sup>, anche forme di tutela specifica<sup>403</sup>.

Il vero snodo significativo dell'intero diritto del lavoro è dunque

---

ossia volti ad impedire in via preventiva appunto l'esercizio abusivo del diritto oppure attraverso una tutela successiva tesa a reagire in maniera specifica all'abuso. Parte della dottrina, considerata l'ostilità che in Italia regna all'utilizzo della tutela inibitoria, ha richiamato l'esperienza francese secondo la quale il giudice può rifiutarsi di applicare una clausola poco chiara e precisa del contratto qualora sussistano gli estremi *d'un abus de nature à la priver d'effet*"; Breccia U., *L'abuso del diritto*, op.cit., pag. 32 e ss; Bonanzinga R.T., *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, op.cit., pag. 29; In merito alla tutela successiva diversa da quella risarcitoria, uno strumento di tutela reale è l' *exceptio doli generalis* che attribuisce al titolare la possibilità di opporsi ad altrui pretesa o eccezione astrattamente fondata ma che costituisce in concreto espressione di uno scorretto esercizio di un diritto volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico. Caringella F. - De Marzo G., *Manuale di diritto civile*, op.cit. pag. 88; Meruzzi G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005, pag. 429; v. anche Perulli A., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, Antonio Vallebona (a cura di), *Colloqui Giuridici sul lavoro*, Supplemento al n. 12/2012 di *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Il Sole 24 ore, 2012, pag. 68 e ss, secondo cui *L'abuso assume infatti, in una prospettiva sistematica, aspetti profondamente diversi: inefficacia, rescindibilità, annullabilità, decadenza da un potere. Da una parte, l'assimilazione del divieto dell'abuso del diritto in ambito contrattuale alla buona fede, anche di recente propugnata dalla giurisprudenza, comporta che la tutela del soggetto nei cui confronti il diritto è esercitato abusivamente è soltanto risarcitoria (Cass. 18 settembre 2009 n. 20106). D'altra parte, la distinzione tra abuso del diritto – finalizzato a realizzare un controllo causale dell'atto con cui è esercitato il diritto onde evitare che l'atto possa essere compiuto al fine di conseguire uno scopo diverso rispetto a quello tutelato dall'ordinamento – e principio di buona fede – nel quale si compie un controllo modale/procedurale che non può comportare un sindacato sui motivi o sullo scopo per cui il diritto è esercitato – consentirebbe di sostenere che al soggetto nei cui confronti è perpetrato l'abuso spetta una tutela reale attraverso rimedi differenti dal risarcimento del danno.*

<sup>402</sup>Cfr. Ghera E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.2/1979, Franco Angeli, Milano, 1979, pag. 305 e ss.; Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1979; Vallebona A., *Tutela giurisdizionale e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995.

<sup>403</sup> D'Antona M., *Tutela reale nel posto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. XXXI, Treccani, Roma, 1994

stabilire le modalità con le quali la frontiera risarcitoria si misura con la lesione dei diritti inviolabili della persona del lavoratore lesione che è inserita nel sistema dei valori costituzionali (sicurezza, libertà, dignità umana, ecc.)<sup>404</sup>, dei principi europei di parità di trattamento e di effettività della tutela (art. 20, 21, 30 e 47 della Carta di Nizza comunitarizzata con il Trattato di Lisbona e artt. 1, 24, 26 e 27 della Carta sociale europea) e dei valori costituzionali di ragionevolezza e di garanzia del rimedio giurisdizionale (artt. 3, comma 2, 24, 111 e 117 Cost.)<sup>405</sup>.

Ed è proprio alla luce di queste fonti sovranazionali e nazionali che si rafforza l'idea che la tutela ripristinatoria delle condizioni materiali e giuridiche del lavoratore (soprattutto nel caso di licenziamento illegittimo) sia non solo espressione dell'interesse contrattuale da parte di questi all'esecuzione della prestazione dovuta, ma anche la difesa di un bene giuridico presente già nel suo patrimonio.

Questa prospettiva, sorretta anche da una importante sentenza della Suprema Corte<sup>406</sup> permette di giungere all'affermazione che

---

<sup>404</sup> Cfr. Nogler L., *La "deriva" risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali, Utet Giuridica, Torino, 2006, spec. pag. 69 e ss

<sup>405</sup> Cfr. Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, op cit. pag. 300 e ss

<sup>406</sup> Cass.civ. Sez.Un., 10.1.2006, n. 141, ([www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)) secondo la quale *una parte della dottrina sostiene che oggetto della tutela giudiziaria sarebbe, in via di regola, l'obbligo di risarcimento pecuniario e soltanto in via di eccezione l'obbligo di reintegrazione di cui all'art. 18 cit., comma 1. In sostanza il regime ordinario sarebbe, secondo questa dottrina, quello della stabilità obbligatoria, ossia della tutela risarcitoria, in cui non occorrerebbe provare il requisito dimensionale, mentre il regime della stabilità reale costituirebbe, quale eccezione, l'oggetto di un distinto diritto soggettivo, di cui la dimensione occupazionale sarebbe elemento costitutivo, con prova a carico del lavoratore-attore in giudizio. Conseguenza di tutto ciò sarebbe che l'accoglimento della domanda di reintegrazione*



---

conseguirebbe alla duplice prova del licenziamento e del requisito ora detto. Ma questa tesi, che considera la tutela per equivalente del diritto soggettivo come la regola e la tutela specifica come l'eccezione, non può essere condivisa. Già nell'ambito generale del diritto privato l'art. 2058 cod. civ. nega un rapporto regola-eccezione così fatto ed anzi lo capovolge: l'illecito aquiliano - ma la norma si estende all'illecito contrattuale – attribuisce al danneggiato (nel rapporto contrattuale, al creditore insoddisfatto) la "reintegrazione in forma specifica", se giuridicamente e materialmente possibile (comma 1) ed il risarcimento "per equivalente" alla subordinata condizione che la reintegrazione risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore (comma 2). Sulla base di queste disposizioni già la dottrina immediatamente successiva all'entrata in vigore del codice del 1942 notò come il legislatore avesse stabilito anzitutto il diritto del creditore "all'esatto adempimento della prestazione dovuta" e come "soltanto in linea subordinata ed eventuale" questa potesse ridursi al risarcimento del danno. Il legislatore del novecento aveva così superato "l'anacronistica reminiscenza del diritto romano" (542<sup>^</sup>, 1<sup>^</sup>, 13, 1 "... in pecuniam numeratam condemnatur ...") recepita nell'art. 1142 del codice civile francese, secondo cui ogni obbligazione di fare o di non fare si risolve (se resout) nella prestazione di danni e interessi nel caso di inadempimento; reminiscenza già scomparsa del resto già nel codice tedesco, di fine ottocento, il quale nel par. 280, comma 3, permette il risarcimento del danno in luogo della prestazione (Schadenersatz statt der Leistung) solo sulla base di determinati e circoscritti presupposti. La sostituzione di un'obbligazione di risarcimento all'azione primitiva - si notava ancora in dottrina - non è dunque come in diritto romano un fenomeno generale e costante, collegato in modo necessario e per così dire automatico al far valere in giudizio l'obbligazione, bensì un fenomeno affatto speciale e saltuario, condizionato da particolari circostanze di fatto. Oggi l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost., (Corte Cost. 24 giugno 1994 n. 253, 10 novembre 1995 n. 483), secondo cui **il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale** (da ult. Cass. Sez. un. 5 luglio 2004 n. 12270). Né la difficoltà o l'impossibilità materiale di attuare in sede esecutiva questo principio costituzionalmente rilevante, dovute all'inesistenza nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive, può incidere sulla questione sostanziale qui in esame, relativa al rapporto regola-eccezione fra risarcimento specifico e per equivalente; la difficoltà di predisporre norme esecutive di più intensa garanzia del creditore non può influire sullo statuto civilistico del rapporto obbligatorio. Questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perchè qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità, come si dir tra breve, ma anche perchè il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l'art. 2058 cit., comma 2, ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica. In tal senso va intesa la sentenza della Corte Costituzionale 7 febbraio 2000 n. 46, secondo cui la

nella tutela in forma specifica<sup>407</sup> si ravvisa quel riferimento

---

*tutela reale del lavoratore può essere limitata discrezionalmente dal legislatore: questi effettua il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e ben può ritenere, come nella materia qui in esame, che le ragioni dell'impresa di piccole dimensioni debbano prevalere sulla tutela specifica del lavoratore illegittimamente licenziato. Non v'è però ragione di negare che questa limitazione del diritto al lavoro debba essere affidata al soggetto interessato ossia al datore di lavoro, e di affermare al contrario che essa debba aggiungersi agli elementi costitutivi di quel diritto, con conseguenze in ordine alla ripartizione dell'onere della prova. Né le tesi, sostenute da una parte dalla stessa dottrina privatistica, che pongono sullo stesso piano la tutela specifica del diritto soggettivo a quella per equivalente, connettendola prima ai diritti assoluti e la seconda ai diritti di credito, possono trovare applicazione nei rapporti di lavoro subordinato. A ciò ostano non solo le ragioni gi dette ma anche la rilevanza degli interessi coinvolti, che impediscono di ricondurre quei rapporti esclusivamente a fattispecie di scambio e, nell'ambito di queste, di ridurre la posizione del prestatore di lavoro semplicemente a quella di titolare del credito avente ad oggetto la retribuzione. Al contrario, **il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa dal datore ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36** (cfr. Cass. Sez. un. 12 novembre 2001 n. 14020). Subito dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale un'autorevole dottrina civilistica qualificò come assoluto lo stesso diritto alla retribuzione. **Pertanto, anche se si ammettesse la validità dello schema "diritto assoluto-tutela specifica; diritto di credito-tutela risarcitoria", esso non potrebbe applicarsi allo status del lavoratore subordinato.** cfr. anche Cass. Civ. Sez.Lav., 28.01.2011 , n. 2112*

<sup>407</sup> L. 28-6-2012 n. 92: Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita (pubblicata nella Gazz. Uff. 3 luglio 2012, n. 153, S.O.) - Art. 1: Disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore – comma 42: All'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo»;

b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti dai seguenti:

«Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni

---

*dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.*

*Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.*

*Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione.*

*Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma.*

*Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del*

---

*giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.*

*Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo.*

*Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma. In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo.*

*Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti.*

sistematico capace di individuare in essa una forma di tutela più adeguata ed efficace<sup>408</sup> rispetto alla semplice garanzia risarcitoria per equivalente meno certa ed affidabile<sup>409</sup>.

---

*Ai fini del computo del numero dei dipendenti di cui all'ottavo comma si tiene conto dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale. Il computo dei limiti occupazionali di cui all'ottavo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie.*

*Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo»;*

*c) all'ultimo comma, le parole: «al quarto comma» sono sostituite dalle seguenti: «all'undicesimo comma».*

<sup>408</sup> Cfr. Siotto F., *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, op cit. pag. 301.

<sup>409</sup> Tuttavia l'art. 1 commi 42 (che modifica l'art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300) e 43 (che modifica l'art. 30 comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183) della L. 92/2012 (*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, c.d. *Legge Fornero*) per favorire la libertà di iniziativa economica privata, ha palesemente ristretto l'area della tutela del lavoratore (specie di quella reale) come peraltro risulta dalla Scheda di lettura della legge di riforma del mercato del lavoro contenuta nel dossier di documentazione della Camera dei Deputati - XVI Legislatura (...*I commi 42 e 43 modificano la disciplina relativa alla tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, prevedendo una riduzione dell'area della tutela reale*). Cfr. Valente L., *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A. (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, pagg. 96-97, secondo la quale ... a) quanto alla ratio legis, il legislatore ha inteso limitare drasticamente i casi in cui il giudizio negativo circa la legittimità del licenziamento può condurre alla reintegrazione del lavoratore, destinando questa sanzione essenzialmente alla riparazione della lesione di un diritto assoluto della persona del lavoratore: il diritto assoluto alla dignità e alla libertà morale (leso dal licenziamento discriminatorio o di rappresaglia), il diritto all'onorabilità personale (leso dall'imputazione di una mancanza non commessa) ... ben può affermarsi che i casi di reintegrazione sono stati indicati nella norma in via tassativa: in particolare devono intendersi come casi tipizzati di reintegrazione: b1) quello della insussistenza del fatto contestato al lavoratore in sede disciplinare; b2) quello della sussumibilità del fatto contestato nella previsione in sede collettiva di sanzione conservativa; b3) quello della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per motivo economico-organizzativo (rientrano in questa

---

*ultima ipotesi il licenziamento per superamento del periodo di comporto non scaduto e il licenziamento per inidoneità sopravvenuta fuori dei casi tutelati dalla legge n. 68/1999); c) in tutti i casi in cui il giudizio negativo circa la validità del licenziamento dipende da una valutazione discrezionale in merito alla insufficiente gravità del motivo addotto, sia esso di natura disciplinare o economico-organizzativa, deve ritenersi invece preclusa la reintegrazione. In altre parole, il nuovo impianto dell'apparato sanzionatorio contro il licenziamento invalido mira essenzialmente a delimitare e rendere certa l'area di applicazione della sanzione della reintegrazione, mediante la tipizzazione dei relativi casi, riservando la sanzione indennitaria a tutti i casi nei quali l'invalidità dipende da una (sempre opinabile) valutazione discrezionale del giudice circa la sufficienza del motivo addotto dal datore di lavoro ai fini della giustificazione del licenziamento: in ciò sta il contenuto più incisivo della riforma... è facile leggere la nuova disposizione, nella parte in cui lascia al giudice la scelta tra reintegrazione e indennizzo, nel senso che dovrà essere disposta la reintegrazione soltanto nel caso in cui la manifesta insussistenza del fatto addotto a motivo del licenziamento concorra con altri indizi convergenti a fondare almeno il sospetto circa l'esistenza di un motivo discriminatorio o di rappresaglia. Viceversa, deve essere esclusa la reintegrazione in tutti i casi in cui il fatto addotto dal datore quale motivo economico-professionale effettivamente sussista ma sia ritenuto dal giudice insufficiente per giustificare il recesso. Qui, neppure l'ipotetica "manifesta" insufficienza – e quindi il fatto che il giudice ritenga agevolmente riconoscibile anche ex ante l'invalidità del licenziamento – può legittimare l'adozione della sanzione della reintegrazione: in questo caso, infatti, il motivo del licenziamento non è in sé illegittimo né può ritenersi "insussistente" o "del tutto irrilevante", ma presenta soltanto un difetto quantitativo. In altre parole, quando non ricorrano le ipotesi classiche di giustificato motivo oggettivo costituite dalla cessazione della attività produttiva o dalla soppressione del posto, ma ci si attenda che la prosecuzione del rapporto determini una qualche perdita, oppure sia in corso un riassetto organizzativo per una più economica gestione dell'impresa, torna in gioco la discrezionalità del giudice, cui viene in sostanza demandato un sindacato sulle scelte datoriali di gestione: quell'eventuale valutazione negativa del giudice può portare soltanto all'applicazione della tutela risarcitoria forte. Dove invece non c'è ragione di discutere circa la sussistenza o non dell'extrema ratio e circa il connesso obbligo di repechage perchè il fatto posto a base del licenziamento è palesemente inesistente, il giudice può accordare la tutela reale.*

*Come evidenzia Romeo C., L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti, Vallebona A (a cura di) in Colloqui Giuridici sul Lavoro, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, p. 78, la tutela reale dovrebbe trovare applicazione solo per la totale inesistenza del fatto ascritto oppure per i soli casi tipizzati riconducibili alle sanzioni di tipo conservativo...una siffatta prospettiva potrebbe condurre ad evidenti disparità di trattamento attesa la possibile determinazione "ex post" di eventi di maggiore gravità rispetto a quelli tipizzati "ex ante". Con l'effetto di poter giungere a risultati aberranti sul piano dell'abuso del diritto, e quindi, con stridenti scostamenti rispetto ai principi di buona fede e correttezza che dovrebbero sempre improntare il regolare svolgimento dei rapporti di lavoro. Ed ancor più non è affatto escluso che la rigida tipizzazione ex ante delle condotte punibili approdi a risultato di una notevole ingessatura che finirebbe per essere*

### CAPITOLO III

## Le ragioni della comparazione tra il sindacato del giudice di legittimità sull'esercizio del potere amministrativo e il sindacato del giudice del lavoro sull'esercizio dei poteri privati

### 1. Perché comparare?

*"Comparare" nel campo del diritto, come in ogni altro campo, significa di per sé una attività o un processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici per vedere che cosa essi abbiano di diverso e che cosa in comune....ricercare cioè "un quid comune" fra i due o più termini della comparazione<sup>410</sup>.*

La comparazione infatti non avrebbe senso se quei termini si ponessero come del tutto eterogenei (il che peraltro non potrebbe mai avvenire) in quanto lo studio comparato viene condotto appunto tenendo conto dei molteplici aspetti di uno stesso ordine di fenomeni.

Si tratta di un processo quasi circolare che va dall'uno all'altro termine e dall'altro ritorna sull'uno e così via arricchendo in tal modo, sempre di più, la conoscenza dell'uno e dell'altro per i

---

*negativa ....per i lavoratori. Peraltro, come evidenzia Magno P., L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti, Vallebona A (a cura di) in Colloqui Giuridici sul Lavoro, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, tenendo conto dei limiti imposti al sindacato del giudice di cui all'art. 30, l. n. 183/2010... se il datore di lavoro pone alla base del licenziamento ben calibrate valutazioni tecniche, organizzative e produttive, che sfuggono al sindacato giudiziario, la fattispecie, se non ritenuta sufficiente per il licenziamento, potrebbe essere inquadrata nel comma 5 con condanna alla sola indennità risarcitoria.*

<sup>410</sup> Gorla G., *Diritto Comparato*, in Enciclopedia del diritto, Vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pag. 928

caratteri individuali di ognuno di essi (che risultano e possono risultare solo dal raffronto)<sup>411</sup>.

La comparazione giuridica quindi, rappresenta uno dei mezzi fondamentali di acquisizione delle conoscenze, che può essere utilizzato per illuminarci e per favorire il progresso delle diverse scienze<sup>412</sup>.

Anche senza superare le frontiere della Nazione si possono confrontare le soluzioni date ad alcuni problemi di natura giuridica nei diversi campi del diritto in vigore in un determinato Stato: quale sia la procedura seguita, quale la soluzione adottata sulla base delle diverse consuetudini, o secondo che si abbia a che fare con un rapporto che rientra nell'ambito del diritto civile, del diritto amministrativo, del diritto del lavoro ecc..

Le diverse branche del diritto, in ragione della autonomia che esse rivendicano e che è a loro riconosciuta, offrono al giurista un campo di applicazione pieno di interesse: non sono solo le norme processuali e sostanziali che possono essere prese in considerazione ma andando al di là di questi elementi di ordine tecnico, la comparazione giuridica, applicata alle diverse branche del diritto, può prendere in considerazione la concezione stessa del diritto.

Come è stato evidenziato in dottrina<sup>413</sup>, la giustizia di ieri non può essere la giustizia di oggi; ogni nostra tradizione deve essere rivista prendendo in considerazione uno stato di cose, di vicende

---

<sup>411</sup> Gorla G., *Diritto Comparato*, op.cit. pag. 928

<sup>412</sup> David R., *Comparazione giuridica*, in Enciclopedia delle scienze sociali, 1992 ([www.treccani.it](http://www.treccani.it))

<sup>413</sup> David R., *La comparazione giuridica*, op cit.



(umane, economiche, sociali, politiche) che è diverso e nuovo rispetto a quello che ha preceduto.

Al giorno d'oggi si assiste alla moltiplicazione, nelle leggi degli Stati democratici, di formule generali che conferiscono ai giudici un potere discrezionale molto più vasto che in passato, nell'applicazione che essi sono chiamati a fare delle leggi o della Costituzione. Quando si chiede loro di giudicare secondo equità li si invita a prendere in considerazione il principio di buona fede, l'interesse dell'impresa, l'esistenza di circostanze eccezionali<sup>414</sup>.

Queste formule, hanno trovato posto nella Costituzione al di sopra delle leggi ordinarie, in particolare con l'affermazione di "diritti economici e sociali" che assumono un significato soltanto se si consente al giudice appunto, di intervenire in modo attivo e dinamico per concretizzarli.

La comparazione tra fenomeni giuridici si giustifica soprattutto se si accoglie la tesi istituzionalista di Santi Romano<sup>415</sup> che considerando l'ordinamento come un complesso sistema di fattori regolatori della società dotati di valenza diversificata, di efficacia e persuasività nell'ambito della "Nazione", perviene ad affermare l'esistenza di una "pluralità di ordinamenti giuridici": all'interno di ogni ordinamento statale si collocano una serie di fenomeni associazionistici complessi e di carattere collettivo, considerati a tutti gli effetti degli "ordinamenti giuridici

---

<sup>414</sup> David R., *La comparazione giuridica*, op cit.

<sup>415</sup> Romano S., *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Sansoni, Firenze, 1946

settoriali” dotati di una certa propria autonomia seppure operanti nel rispetto della supremazia dell’ordinamento statale.

*L’ordinamento giuridico è una entità che si muove in parte secondo le norme ma, soprattutto, muove quasi come le pedine di una scacchiera le norme medesime che così rappresentano piuttosto l’oggetto e anche il mezzo della sua attività che non un elemento della sua struttura...Diritto non è o non è soltanto la norma che così si pone ma l’entità stessa che pone tale norma. Il che vuol dire che il diritto prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per se stante... Ogni ordinamento giuridico è una istituzione e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l’equazione tra i due è necessaria e assoluta<sup>416</sup>.*

L’istituzione dunque, è la concretizzazione del diritto, costituisce l’ordinamento giuridico. Ma le istituzioni sono tante e tendenzialmente infinite e tanti e altrettanto tendenzialmente infiniti sono gli ordinamenti giuridici ciascuno dei quali è matrice di una qualificazione di ciascuno di tutti gli altri. Santi Romano parla di “pluralismo giuridico”.

La teoria istituzionale e il pluralismo che ne consegue possono essere un importante strumento di analisi del diritto amministrativo ai fini di una comparazione con il diritto comune. Ed infatti, sviluppando tale teoria fino alle ultime conseguenze si

---

<sup>416</sup> Romano S., *L’ordinamento giuridico*, op cit., pag. 258 e ss.

potrebbe individuare nell'amministrazione intesa "in senso oggettivo" (ossia come attività qualificata come "oggettivamente amministrativa" indipendentemente dal carattere pubblico o privato del soggetto che la realizza e della capacità di cui sia esplicazione) una componente del provvedimento che, sotto certi profili, può considerarsi analogo a quello che in diritto privato è il negozio: al pari dei negozi dei privati i provvedimenti amministrativi potrebbero essere visti come la fonte diretta che dà assetto alle singole situazioni soggettive cui si riferiscono e quindi al pari di questi presenterebbero un carattere normativo<sup>417</sup>. Vero è che ciò che caratterizza i negozi privati come atti sostanzialmente normativi al di là del fattore per il quale essi producono direttamente gli effetti che vi sono collegati, sono gli ampissimi spazi entro cui i soggetti che li pattuiscono e li adottano, nella determinazione dei contenuti di essi, possono esercitare la loro libertà.

Tuttavia, anche le norme dell'ordinamento generale dalle quali deriva l'autonomia della amministrazione, pur selezionando gli elementi essenziali dei provvedimenti che ne siano esplicazione, sono formulate a tratti assai larghi; e rari sono i comandi che delimitano ulteriormente i contenuti dei medesimi provvedimenti che questa può adottare. Sicché l'autonomia che da tale

---

<sup>417</sup> Romano A., *"L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'Amministrazione*, in Rivista trimestrale di Diritto Amministrativo, n. 2/2011, Giuffrè, Milano, 241 e ss; Massera A., *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in Dir. Amm. n. 4/2010, Giuffrè, Milano 2010, pag. 761 e ss; ID, *Santi Romano, tra "diritto pubblico" e "ordinamento" (a proposito di Santi Romano. Il diritto pubblico italiano)*, in Quad. fior., 18, 1989, pag. 617

ordinamento deriva all'amministrazione non è meno estesa di quella che il medesimo ordinamento riconosce ai soggetti privati, ovviamente al netto dei suoi limiti specifici (riserva di legge sull'attribuzione dei suoi poteri pubblicistici e nominatività e tipicità che ne conseguono relativamente ai provvedimenti che ne costituiscono esercizio)<sup>418</sup>.

Configurando la discrezionalità amministrativa con la stessa ampiezza, pur nel rispetto di questi limiti, verrebbe a cadere l'ostacolo che impediva di configurare i provvedimenti, che di quella autonomia costituiscono esplicazione, come atti sostanzialmente normativi<sup>419</sup>.

La capacità pubblicistica attribuita all'amministrazione ossia la capacità di produrre unilateralmente effetti giuridici anche lesivi degli interessi di altri soggetti, è eccezionale rispetto alle possibilità di agire dei comuni soggetti dell'ordinamento generale: questi soggetti infatti si atteggiavano reciprocamente in rapporti di natura paritaria e possono operare solo consensualmente. Tuttavia, nell'ottica di un ordinamento giuridico onnicomprensivo, da esso non può essere esclusa l'amministrazione che non solo è dotata di capacità di diritto comune ma che è anche un soggetto a cui l'ordinamento attribuisce poteri pubblicistici unilaterali.

Anche questi poteri infatti sono inquadrati nella cornice dell'ordinamento giuridico generale rigidamente unitario,

---

<sup>418</sup> Romano A., *L'ordinamento giuridico*, op.cit. pag. 259

<sup>419</sup> Romano A., *L'ordinamento giuridico*, op.cit. pag. 265 e ss

incastonati nella sua stessa trama<sup>420</sup>: quando opera esercitandoli, l'Amministrazione è ugualmente assoggettata, al pari dei soggetti privati, ai principi che in quel medesimo ordinamento generale unitario sono generali (la buona fede, la correttezza, la tutela dell'affidamento, il *neminem laedere*, ecc.)<sup>421</sup>.

Secondo parte della dottrina<sup>422</sup>, i poteri privati e i poteri pubblici

---

<sup>420</sup> Romano S., *L'ordinamento giuridico*, op.cit., parla di un ordinamento giuridico generale nel quale tutte le consuete ripartizioni (in primis quella tra diritto pubblico e diritto privato) diventano meramente descrittive. La funzione essenziale e addirittura propria del legislatore è, secondo Romano, la costituzione di un ordinamento generale ossia quell'ordinamento totalizzante che consiste nella definizione dei suoi soggetti – privati o pubblici, riconosciuti o istituiti che siano - e la determinazione di tutti gli assetti dei loro reciproci rapporti: tra soggetti privati, tra soggetti pubblici e soprattutto tra soggetti privati e pubblici. Tale ordinamento generale, così onnicomprensivo deve essere considerato rigorosamente unitario per la unicità della fonte da cui deve provenire ossia gli articoli 70 e ss della Costituzione.

<sup>421</sup> Romano A., *L'ordinamento giuridico*, op.cit. pag 266 e ss; cfr. Cass.civ., 23 marzo 2011, n. 6681, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), che ha condannato la Consob a risarcire i danni che aveva prodotto, agendo in forza degli speciali poteri che l'ordinamento gli aveva attribuito per operare a tutela del risparmio; poteri che sono sì pubblicistici ma che aveva esercitato violando il principio del *neminem laedere*, principio generale in quell'ordinamento medesimo.

<sup>422</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008; Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali - Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012, pag. 24 e ss, secondo il quale le problematiche legate alle peculiarità dei modelli sui quali si fonda il sistema del diritto amministrativo e la specialità di questo sistema rispetto a quello del diritto comune nonché la necessità di ricorrere al sistema di diritto amministrativo tutte le volte in cui si vuole accedere ad un livello di garanzia che non potrebbe essere assicurato facendo riferimento alla “logica dell'autonomia” (propria dei rapporti di diritto privato) invece che alla “logica della funzione” (che caratterizza i rapporti di diritto pubblico) hanno trovato un punto di emersione in due situazioni che hanno permesso di porre le basi per un vivo dibattito circa la possibilità di individuare concrete regole di integrazione tra modello pubblicistico e modello di diritto privato. La prima situazione nasce dalla esigenza di riorganizzare il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ordinandone la disciplina secondo le categorie e i modelli di diritto comune salvo specifici settori. La “privatizzazione del pubblico impiego ha infatti comportato la necessità di confrontarsi con un diverso sistema concettuale (i due punti attorno ai quali si è sviluppato un dibattito dottrinale particolarmente approfondito e un contenzioso sufficientemente ampio sono stati i concorsi per l'assunzione – riservati alla giurisdizione del giudice amministrativo e quindi apparentemente sottratti alla

nonostante le differenze di fonte e di soggetti, condividono, da un lato, il dato della unilateralità della determinazione che costituisce esercizio del potere e, dall'altro, l'esigenza di tutelare gli interessi di chi ne subisce gli effetti.

Il confronto tra il controllo del giudice amministrativo sul potere discrezionale della p.a. e il sindacato del giudice ordinario sui poteri privati, mostra una certa assonanza tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e le clausole di buona fede e correttezza: in entrambe i casi il giudice si serve dei canoni di

---

logica della privatizzazione e le procedure selettive per la progressione di carriera, i c.d. concorsi interni e la materia del conferimento e/o della revoca degli incarichi dirigenziali che rientrano nella giurisdizione ordinaria).

La seconda situazione si è invece determinata in seguito a un processo nato dall'esterno ossia dalla necessità di adeguare l'ordinamento nazionale alla normativa comunitaria sugli appalti pubblico. In questo caso infatti l'adeguamento ha richiesto di confrontarsi con regole, modelli concettuali e tecniche di tutela non collocabili immediatamente nelle tradizionali categorie legate alla contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato. Tuttavia le due tendenze sono in una certa misura contrapposte: nel primo caso, ciò che prima era pubblico e classificato secondo i modelli pubblicistici è stato privatizzato in senso tanto formale quanto sostanziale riservando a fonti di diritto comune la disciplina della materia; ciò ha fatto nascere la necessità di capire come i modelli pubblicistici possano trovare collocazione ora, nel rinnovato contesto sistematico concettuale.

Nel secondo caso ci si trova di fronte alla necessità di applicare alla procedura di scelta del contraente a cui affidare il contratto di appalto regole sostanziali molto simili quanto a struttura e funzionamento a quelle già codificate nell'ordinamento interno ma con una differenza data dal fatto che mentre le regole interne ricostruite e qualificate secondo il modello della evidenza pubblica si applicano ai soggetti formalmente pubblici; le regole comunitarie prescindono da una qualificazione formale dei soggetti che sono tenuti a farne applicazione. In questo caso dunque, si pone il problema di valutare gli effetti dell'applicazione di una disciplina di matrice pubblicistica (intendendo per matrice pubblicistica l'insieme di regole che presiedono alla individuazione del contraente) a soggetti che sul piano formale non possono essere assimilati alla pubblica amministrazione (soggetti formalmente privati assoggettati cioè ad una limitazione della loro autonomia d'azione in modo non diverso da quanto accade per l'agire dell'amministrazione).

Lo studio di questi settori costituisce un termine di riferimento utile per valutare la tenuta dei modelli ed eventuali punti di contatto tra le regole abitualmente ricondotte alla disciplina caratteristica del diritto pubblico e l'ambito proprio del diritto comune oltre che mettere in luce le eventuali ragioni che inducono a preferire l'uno piuttosto che l'altro.

logicità, ragionevolezza, proporzionalità, accettabilità del comportamento del soggetto che agisce in una posizione lato sensu dominante, rilevanti nei limiti della evidenza e della comune condivisibilità senza però spingersi oltre quei parametri, pena la invasione della sfera ad esso riservata e in quanto tale intangibile<sup>423</sup>.

Guardando quindi al processo amministrativo come ad un processo nel quale le parti sono poste in una situazione di parità (anche se non piena ed incondizionata) il giudice amministrativo si affranca in un certo qual modo dal condizionamento esercitato dall'interesse pubblico, abbandona la logica del controllo e diventa giudice del rapporto tra amministrazione e privato: al giudice cioè viene trasferito non il potere di definire il contenuto sostanziale delle posizioni giuridiche in contesa, ma la possibilità di verificare l'avvenuto rispetto del diritto<sup>424</sup>.

Si è avvertita dunque in questi ultimi anni sempre più forte l'esigenza di garanzia<sup>425</sup> e l'esigenza di tutela dell'individuo che

---

<sup>423</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, op.cit. pag. XVIII e ss.

<sup>424</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, op.cit. pag XXII e ss.

<sup>425</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag.81; cfr. sul punto Ferraro G., *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Tomo II, Utet giuridica, Torino, 2009, pag. 546, secondo il quale non molto diversamente si esprime il sindacato giudiziario che si esercita nei confronti dei poteri pubblici e della discrezionalità amministrativa, ove sovente il controllo non viene limitato ad una mera verifica della conformità alla legislazione vigente, ma si esprime anche nella direzione di un controllo sull'eccesso di potere, sull'abuso e sullo sviamento di potere. Non a caso del resto, le richiamate categorie giuridiche sono state parzialmente importate anche nel diritto privato in particolare ai fini del controllo delle relazioni di potere che si sviluppano all'interno delle imprese nella gestione dei rapporti di lavoro, ove, a fronte di un potere imprenditoriale può o meno originario, può essere ravvisato un interesse legittimo del lavoratore affinché tale potere si eserciti in maniera funzionale, corretta,

si trovi in una posizione di soggezione rispetto ad un potere, mentre la possibilità di applicare al diritto privato figure radicate nell'esperienza pubblicistica e viceversa, si fonda sull'idea di un ordinamento sostanzialmente unitario<sup>426</sup>, sulla relatività storica dei concetti giuridici<sup>427</sup> e sulla conseguente difficoltà di fissare, talora in modo assoluto e definitivo, il confine tra diritto pubblico e diritto privato<sup>428</sup>.

La nozione di potere giuridico inteso come “possibilità di influire sulle determinazioni concrete dell'ordinamento e sulla loro

---

coerente con i principi generali dell'ordinamento giuridico e quindi solo in questi termini accettabile. E seppure la migliore dottrina civilistica (Di Majo A., *Limiti ai poteri nell'esercizio dell'impresa*, in Riv.Giur.Lav., 1, Ediesse, Roma, 1983; R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., *La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, Giappichelli, Torino, 2011) ha sempre preso le distanze da una simile commistione di tecniche di tutela, ciò è avvenuto sul presupposto che nel diritto privato e segnatamente nel diritto del lavoro, esistono e operano categorie e tecniche endogene suscettibili di controllare e mitigare adeguatamente l'esercizio dei poteri d'impresa.

<sup>426</sup> Così Romano S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946; Bigliazzi Geri L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967; Carnelutti F., *Appunti sull'ordinamento giuridico*, in Riv.dir.proc., Cedam, Padova, 1964, 362; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 82 e ss

<sup>427</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, il quale sottolinea la necessità che i concetti giuridici non vengano “ipostatizzati in realtà immodificabili e impermeabili rispetto ai mutamenti ma, siano espressione dell'evolversi delle società civili; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 82

<sup>428</sup> Cfr. Giorgianni M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in Riv.trim.dir. proc.civ., Giuffrè, Milano, 1961; e ancora Pugliatti S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in Enc.dir., XII, Giuffrè, Milano, 1964; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 82

Senza addentrarsi nel tema complesso dell'uso degli strumenti privatistici da parte della p.a. e nel rapporto tra amministrazione, funzione e diritto civile, si può però affermare che la distinzione tra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto privato risulti assai sfumata e tanto la formazione di diritto pubblico quanto quella di diritto privato tendono ad espandersi ciascuna in zone che nel passato erano riservate ad una sola di esse. Cfr sul punto Giannini S., *Diritto amministrativo*, in Enc.dir. XII, Giuffrè, Milano, 1964



attuazione nei modi prestabiliti dall'ordinamento”<sup>429</sup> ricorre in entrambe le branche del diritto ed è quindi un fertile terreno di comparazione.

Il potere privato infatti, per quanto libero, si realizza con quelle forme di cogenza e autorità molto simili a quelle delle categorie amministrativistiche proprie dei poteri di diritto pubblico<sup>430</sup> rispetto ai quali c'è stata soprattutto la predisposizione di strumenti di garanzia avverso il loro esercizio in ottemperanza ai principi e nel rispetto delle libertà fondamentali previsti dalla Costituzione<sup>431</sup>.

Il confronto tra le diverse tecniche di tutela (l'alternativa pubblico-privato) è possibile guardando proprio alla contrapposizione tra le diverse strutture delle regole e tra i diversi modi di verificarne l'applicazione<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> Lener A., *Potere (Diritto privato)*, in Enc.Dir. XXXIV, Milano, 1964, 610; C. Cudia, *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 83

<sup>430</sup> Cfr. sul punto Lombardi G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, secondo il quale la diversità tra potere pubblico e potere privato si ravvisa non tanto con riguardo al tipo di autorità, quanto nella distinzione che impronta le regole e le attività dei soggetti, la quale si estrinseca principalmente nel diverso tipo di controllo sulla loro azione; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 84

<sup>431</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 84; Cfr. Buoncristiano M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1998

<sup>432</sup> Sigismondi G., *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: aspetti comuni e profili problematici*, in *Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2003, pag. 475. Vero è che vi sono differenze, oltre che di tipo soggettivo, anche relative alla eventuale funzionalizzazione del potere, al suo carattere più o meno discrezionale, alle situazioni soggettive evocate sul versante “passivo”, alle forme di tutela predisposte; ma si tratta di profili ulteriori ed estrinseci. Tuttavia, la comparazione tra il controllo del giudice amministrativo sul potere amministrativo discrezionale e il sindacato del giudice ordinario sui poteri privati si fonda sulla irrilevanza dei profili soggettivi, ossia sulla idea che l'esercizio di un *qualsiasi* potere discrezionale rechi in sé costanti esigenze di protezione e richiede quindi la predisposizione di strumenti di garanzia a prescindere dalla natura pubblica o privata delle parti del rapporto. Cudia C., *Funzione amministrativa*, op cit. pag 85 e ss

Secondo recente dottrina<sup>433</sup>, esistono, in entrambi i casi, sia una sfera riservata al titolare del potere non sindacabile con alcuno strumento (pubblico o privato) sia un ambito sottoposto a controllo, attraverso l'interesse legittimo al corretto esercizio del potere discrezionale e l'eccesso di potere, oppure nella dinamica del rapporto mediante il binomio diritto-obbligo di comportamento nel quale confluisce la conformità dell'esercizio del potere alle clausole generali. Tuttavia, in entrambi i casi, l'estensione dell'area riservata al titolare del potere e di quella invece sindacabile dal giudice - ordinario o amministrativo - non cambia: ciò che cambia è la natura e l'efficacia delle forme di tutela nonché la relazione tra il soggetto che esercita il potere e quello che ne subisce gli effetti.

Le affinità tra poteri pubblici e poteri privati ha indotto, negli anni '80, dottrina e giurisprudenza giuscivistica, a importare nella scienza gli strumenti di garanzia propri del diritto amministrativo; infatti è stata presa in considerazione la figura dell'interesse legittimo<sup>434</sup> intesa nel diritto amministrativo come

---

<sup>433</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op cit. pag. 213

<sup>434</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, secondo il quale sulla soglia degli anni '80 numerose pronunce della suprema Corte, hanno ammesso l'esistenza di interessi legittimi nell'ambito del diritto del lavoro privato quale "elemento essenziale di una struttura protettiva dell'interesse di soggetti passivi del potere.

L'uso della figura dell'interesse legittimo ha infatti consentito di attribuire protezione a posizioni soggettive in precedenza non tutelate, sul presupposto che esse non fossero riconducibili alla categoria dei diritti soggettivi, in quanto non in grado di garantire un certo risultato quale effetto immediato e diretto dell'accertato verificarsi di determinati presupposti di fatto a prescindere da ogni indagine valutativa da parte del datore di lavoro. Sul punto cfr. anche Suppiej G., *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova, 1957; Ferraro G., *Lavoro, competitività, welfare*, op.cit., pag. 546

situazione (posizione) soggettiva sostanziale collegata al potere anche se gli strumenti di reazione agli abusi in danno di detti interessi sono stati invece delineati, in campo privatistico, secondo moduli diversi da quelli tipicamente pubblicistici. L'interesse legittimo<sup>435</sup> nell'ambito del diritto privato tuttavia, non rileva, come nel diritto amministrativo, nel senso di posizione giuridica ma come strumento per identificare i parametri per l'esercizio dei poteri privati: una *situazione sostanziale di vantaggio inattiva*<sup>436</sup> (di "vantaggio" perché volta al conseguimento sul piano sostanziale di un risultato favorevole e consistente, a seconda dei casi, nella conservazione/modificazione di una data realtà giuridica; "inattiva" perché differisce sul piano del contenuto dal diritto soggettivo<sup>437</sup>).

---

<sup>435</sup> Secondo Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali"*, op .cit., pag. 7 e ss, l'uso di questa figura ha permesso un tipo di approccio di stampo nuovo al tema del controllo sull'esercizio dei poteri dell'imprenditore tale da condurre ad una notevole estensione dello spettro dell'indagine giudiziale nonché all'uso dei rimedi invalidanti per la violazione di norme contrattuali e delle regole di buona fede e correttezza a somiglianza di quanto accade nel processo amministrativo..... Anch'esse costituiscono diritti soggettivi definibili... come "strumentali" in quanto hanno ad oggetto interessi meramente strumentali rispetto alla utilità finale che il titolare si propone di conseguire e il cui soddisfacimento non è giuridicamente garantito; cfr. sul punto anche Di Majo A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in Riv. Giur.lav., Ediesse, Roma, 1983, secondo il quale nel caso in cui il datore di lavoro esercita poteri discrezionali "il singolo non rivendica utilità che il diritto gli assicura nella forma del diritto-pretesa (diritto ad essere promosso, a non essere sospeso) ma chiede che nell'esercizio dei poteri, siano rispettati criteri e parametri, il che *strumentalmente* può anche servire a soddisfare interessi sostanziali; ID, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 381 e ss

<sup>436</sup> Così Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 89

<sup>437</sup> Viceversa il diritto soggettivo è definito come situazione di vantaggio tipicamente attiva in quanto consistente in un *agere licere* destinato a tradursi in *facultas agendi*, ossia come strumento di soddisfacimento di un interesse presupposto: Bigliazzi Geri L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967

E riguarda dunque *quelle posizioni del lavoratore la cui tutela reclama un sindacato sul comportamento del datore di lavoro che non si limita ad un mero giudizio di legittimità circa la sussistenza di un nesso di causalità tra il fatto o la decisione organizzativa e il provvedimento adottato, come accade per esempio nelle ipotesi di indagine sull'esistenza della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento, sulle ragioni organizzative che consentono la riduzione del personale ....Si fa riferimento ai casi nei quali il controllo deve spingersi a verificare il modo in cui sono stati adottati determinati provvedimenti e compiute le valutazioni anche soggettive, del datore di lavoro specie laddove emergono situazioni in senso lato conflittuali fra gli stessi lavoratori*<sup>438</sup>.

Anche nel diritto del lavoro infatti, si è fatto ricorso alle categorie concettuali proprie del diritto amministrativo qualificando alcune delle posizioni soggettive del lavoratore come interessi legittimi (intesi come strumento per individuare i limiti all'esercizio del potere, strumento di tutela piuttosto che posizione soggettiva contrapposta al diritto) con riguardo non solo a singole ipotesi circoscritte (per es. il recesso del lavoratore dal contratto a tempo indeterminato), ma anche al più generale potere direttivo del datore di lavoro inteso come potere giuridico teso a soddisfare interessi che appartengono esclusivamente al soggetto titolare del potere.

In riferimento a ciò occorre sottolineare che si è parlato, proprio

---

<sup>438</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali"*, op. cit., pag. 7 e ss

in questo ambito, di “abuso o sviamento di potere” ogni volta che il suo esercizio era diretto a soddisfare un interesse dell'imprenditore come singolo piuttosto che interessi obiettivamente imputabili all'impresa<sup>439</sup>.

Non solo la dottrina ma anche la giurisprudenza dopo molte perplessità<sup>440</sup> ha riconosciuto posizioni di interesse legittimo intese come elemento essenziale di un sistema finalizzato alla protezione degli interessi dei soggetti passivi assoggettando per un verso i poteri imprenditoriali a regole di comportamento, e per un altro attribuendo ai lavoratori un controllo, suscettibile di provocare un sindacato giurisdizionale - nella forma dell'eccesso di potere - sull'osservanza di dette regole nell'esercizio del

---

<sup>439</sup> Suppiej G., *I limiti del potere direttivo dell'imprenditore*, Riv. trim. dir. proc. civ., Giuffrè, Milano, 1962. Tra gli altri sostenitori dell'idea della esistenza di interessi legittimi del lavoratore a fronte del potere di scelta del lavoratore da licenziare: Smuraglia C., *Licenziamenti collettivi, interesse alla conservazione del posto ed esigenze della impresa nell'individuazione dei lavoratori da licenziare*, in Riv. giur. lav., Ediesse, Roma, 1968, I; Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro, I, Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano, 1984; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 130 e ss

<sup>440</sup> Tra le varie, Cass.civ. Ss.uu., 8 novembre 1979, n. 5688, in Giur.it, con nota di Di Majo A.; La sentenza in oggetto ravvisa situazioni qualificabili come interesse legittimo con riguardo sia alla comminazione di sanzioni disciplinari, che all'accesso dei dipendenti alle qualifiche superiori. In particolare, il potere datoriale di irrogare sanzioni disciplinari è soggetto a regole di azioni e come tale sindacabile dal giudice. "Questo controllo "non può non atteggiarsi per ragioni di efficienza, in modo analogo a quello in cui si atteggia il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere pubblico... La sentenza considera poi la materia delle promozioni a scelta distinguendo due ipotesi: se i criteri utilizzati sono ispirati ad esigenze di efficienza aziendale e quindi nell'interesse della organizzazione dell'impresa, il sindacato del giudice ordinario si estende alle modalità di esercizio del potere dell'imprenditore; se invece si tratta di scelte che devono avvenire nel preminente interesse del lavoratore o per la soluzione del conflitto di interessi tra più lavoratori che aspirano ad una promozione, prevale la tecnica del rapporto caratterizzata dall'esistenza di veri e propri obblighi in capo all'imprenditore, la quale consente *a fortiori*, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere in esame.

potere.

Tuttavia, nel corso degli anni dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente abbandonato l'idea di un sistema di tutela centrato sull'interesse legittimo e sull'eccesso di potere in considerazione della differenza strutturale esistente tra potere privato e potestà pubblica<sup>441</sup> dal momento che l'autonomia pubblica esprime una valutazione discrezionale di un pubblico interesse mentre l'autonomia dei privati è esercizio di libertà finalizzato alla soddisfazione di un interesse proprio o di un altro interesse privato<sup>442</sup> anche se comunque deve essere rispondente ad una pubblica utilità.

Caratteristica dell'iniziativa economica privata è la libertà rispetto alla quale l'utilità sociale non è un vincolo funzionale ma un limite esterno<sup>443</sup>; l'esigenza di tutela dei lavoratori è la *ratio* della legislazione giuslavoristica e il datore di lavoro non è obbligato a perseguire interessi ultra individuali nell'esercizio dei suoi poteri; la posizione del lavoratore si traduce nella pretesa a che il datore di lavoro eserciti i propri poteri nel rispetto di alcune regole di comportamento<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 132 e ss

<sup>442</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag 131; Cfr. Zoli C., *La tutela delle posizioni strumentali*, op.cit. pag. 105. Nel diritto privato, il concetto di discrezionalità richiama i caratteri di un potere che non è né assolutamente libero e dunque arbitrario, né assolutamente vincolato, ma non giustifica la trasposizione integrale dello strumento di tutela proprio del diritto amministrativo. Nel diritto del lavoro manca infatti, qualsiasi finalizzazione del potere ad un interesse superiore: non si può individuare un interesse dell'impresa come tale che sia differente dall'interesse privato organizzativo-produttivo dell'impresa. Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 135 e ss

<sup>443</sup> Zoli C., *Tutela delle posizioni "strumentali"*, op.cit., pag. 109 e ss

<sup>444</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit.; cfr. sul punto Ferraro G., *Lavoro, competitività, welfare*, op.cit. pag. 546

Sulla base di queste considerazioni si è andato sviluppando quell'orientamento giurisprudenziale, sostenuto anche dalla dottrina, che richiamandosi alle clausole generali della buona fede e correttezza, assicurava piuttosto una tutela assimilabile a quella offerta dalla teoria dell'interesse legittimo e dell'eccesso di potere<sup>445</sup>.

Il controllo sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro si svolge all'interno del rapporto nascente dal contratto di lavoro di diritto privato e l'attività discrezionale dell'imprenditore deve conformarsi alle clausole generali che "non sono etichette di contenuti racchiusi in altri articoli né semplici coloranti di altre norme" ma disposizioni di carattere precettivo<sup>446</sup> che rappresentano il parametro per valutare l'esatto adempimento delle parti al di là di ogni previsioni normative e contrattuali

---

<sup>445</sup> Secondo Zoli C., *Tutela delle posizioni "strumentali"*, op.cit., pag. 96-97, il controllo del giudice ordinario "non può non atteggiarsi ...in modo analogo a quello in cui si atteggia il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere pubblico e pertanto non può non estendersi anch'esso alla rilevazione di forme di eccesso di potere, come quando ad esempio si deduce che la sanzione disciplinare è stata inflitta dall'imprenditore allo scopo di raggiungere un risultato che sarebbe stato impossibile o disagevole realizzare per altra via ovvero si prospettino ipotesi di arbitrarietà o iniquità manifesta". Tuttavia in entrambi i casi si riconosce "l'ampia operatività del principio di correttezza in quanto ad esso sono desumibili regole di azione sia rispetto all'esercizio di un potere che rispetto all'adempimento di un dovere" agendo nella prima ipotesi al fine di rendere possibile la repressione degli abusi" e nella seconda ipotesi, "al fine di rendere possibile la repressione delle elusioni" (Cass. Civ. Sez.un., 2 novembre 1979, n. 5688). Comunque tanto se l'attività dell'imprenditore sia riconducibile all'esercizio di un potere quanto se sia riconducibile all'adempimento di una obbligazione, il comune riferimento all'art. 1175 cc. consente al dipendente privato... di chiedere ed ottenere dal giudice ordinario, un sindacato di ampiezza e penetrazione non inferiore ed anzi in tutto analoghe a quelle del sindacato che il dipendente pubblico può chiedere ed ottenere dal giudice amministrativo (Cass.Sez.Un, 29 ottobre, 1980, n. 5800)

<sup>446</sup> Bianca M., *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*, in Foro.it, 1965, I, Giuffrè, Milano, pag. 1745; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 139 e ss

vincolando il datore di lavoro a non compiere atti lesivi dell'interesse dell'altra parte e a fare tutto quanto sia necessario a porre in essere il comportamento esigibile<sup>447</sup>.

Come si afferma in dottrina<sup>448</sup>, il rinvio alle clausole generali si traduce nel rinvio a principi etici e sociali, parametri comuni vigenti al momento della scelta datoriale e che trovano avallo nei valori riconosciuti dall'ordinamento e dalle norme costituzionali. Se i comportamenti datoriali, pur non conformi con le pattuizioni intervenute, hanno quella "tipicità sociale", la consistenza tipologica di uno standard e, in quanto tali, presentano caratteri di normalità, essi non saranno censurabili.

Risultano invece contrari ai principi di buona fede e correttezza quei comportamenti che, pur corrispondendo all'esercizio di poteri attribuiti dalla legge o dai patti, sono difforni da tali standard sociali.

E proprio il riferimento "ai tipi reali riconosciuti come norme sociali" garantisce una base oggettiva alla decisione del giudice salvaguardando l'irrinunciabile principio della certezza del diritto<sup>449</sup>.

Il sindacato del giudice ordinario può in tal modo fermarsi alla considerazione della legittimità degli atti senza entrare nel merito, rispettando così le libere scelte imprenditoriali: decisioni

---

<sup>447</sup> Santoro Passarelli G., *Impresa, contratto collettivo, concorsi privati*, in Giur.it, 1981, IV, Utet Giuridica, Torino, pag. 203; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 140

<sup>448</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali"*, op.cit. pag. 225; vedi anche Persiani M., *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in Dir.Lav., 1995, I, in [www.dielle.it](http://www.dielle.it), pag. 142

<sup>449</sup> Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv.crit.dir.priv., Giuffrè, Milano, 1986, pag. 17



che devono però sempre considerare le posizioni soggettive del lavoratore che non può subire pregiudizi ingiustificati in nome di uno (spesso generico) interesse produttivo-organizzativo<sup>450</sup>.

Il diritto civile ha quindi abbandonato gli istituti di matrice pubblicistica (eccesso di potere, interessi legittimi) che mal si conciliavano con il carattere non funzionalizzato di quei poteri e con l'impossibilità di individuare a priori un interesse superiore rispetto a quelli delle parti coinvolte - interesse sociale o interesse dell'impresa - preferendo le clausole di buona fede e correttezza che sono compatibili sia con l'autonomia contrattuale che con la libertà di iniziativa economica<sup>451</sup> e permettono il potenziamento della effettività della tutela<sup>452</sup>, in quanto fanno sì

---

<sup>450</sup> Cfr. Balletti E., *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in Riv.Crit.Dir.Priv., Jovene, Napoli, 1990, pag. 740, secondo il quale è nel solco della effettività dei principi di buona fede e correttezza contrattuale che deve valutarsi la sussistenza di un nesso immediato di causalità funzionale tra singolo comportamento del datore di lavoro e (possibile) realizzazione del suo interesse organizzativo-produttivo.

<sup>451</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 149

<sup>452</sup> Zoli C., *Tutela delle posizioni "strumentali"*, op.cit., pag. 131 e ss e pag. 211 e ss, secondo il quale la giurisprudenza di legittimità è pervenuta in questo modo ad estendere il proprio sindacato e a tutelare posizioni giuridiche di cui in passato disconosceva protezione...l'analisi delle diverse tecniche ricostruttive proposte al fine di allargare lo spettro dell'indagine giudiziale al di là del mero ius dictum ha condotto alla conclusione che questa esigenza può essere soddisfatta solo con il ricorso alle clausole generali di buona fede e correttezza. Tali clausole costituiscono l'unico strumento giuridico accettabile alla luce del nostro ordinamento positivo, idoneo a recepire quei principi e quei valori sinteticamente ricondotti al dovere del datore di lavoro di agire razionalmente e secondo opportunità... Le previsioni contenute negli artt. 1175 e 1375, garantiscono il perseguimento di esigenze di giustizia sostanziale in quanto servono a colmare talune lacune inevitabili se si considera che il legislatore mediante le tecniche della fattispecie e della tipizzazione non può disciplinare le infinite sfaccettature di un rapporto dinamico come quello di lavoro ossia prevedere e risolvere tutti i conflitti e le situazioni che nei fatti si presentano; cfr. sul punto anche Galoppini A.M., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità contrattuale*, in Riv.trim.dir.Proc.civ., Giuffrè, Milano, 1965; Di Majo A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in Riv.crit.dir.priv., Jovene, Napoli, 1984, secondo il quale il superamento di una tecnica legislativa "per casi e

che il sindacato del giudice resti nell'ambito della legittimità evitando a priori che sconfini nel merito.

Le clausole generali sono quindi uno strumento atto ad assicurare una chiara separazione tra legittimità e merito garantendo l'autonomia privata, la certezza del diritto e la conseguente tutela di chi versa in una posizione di soggezione<sup>453</sup>.

Anche nel diritto pubblico c'è la distinzione tra legittimità e merito; tuttavia l'eccesso di potere, pur concernendo la legittimità e non il merito, si pone al limite tra i due ordini lasciando uno spazio grigio nel quale, in effetti, non è sempre facile stabilire fin dove può spingersi il sindacato del giudice. Secondo recente dottrina<sup>454</sup>, eccesso di potere e clausole generali sono fungibili nel senso che sono entrambi "finestre che mettono in comunicazione principi generali e realtà particolare al fine di elaborare regole adatte ai casi concreti".

In particolare, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere (violazione dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza, logicità) possono infatti essere ricondotte alla violazione delle clausole generali; le ipotesi di contraddittorietà estrinseca al provvedimento (per es. violazione di circolare, della prassi ecc) si riducono alla violazione del principio dell'affidamento, nucleo primigenio della buona fede; i vizi qualitativi della motivazione si riportano ai vizi delle scelte irrazionali e illogiche che possono essere percepite attraverso la lente delle clausole generali;

---

fattispecie" serve a garantire in zone del diritto in cui la situazione conflittuale non si lascia configurare in formule precise, maggiore elasticità e "presa sulla realtà".

<sup>453</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 150

<sup>454</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 151

l'irragionevolezza integra una violazione della buona fede e correttezza<sup>455</sup>.

Il contenuto della clausole generali è determinato con riguardo a standard di condotta comunemente accettati e quindi del tutto neutri rispetto agli interessi propri di ciascuna parte. Esse consentono di conciliare interessi in conflitto secondo una misura insuscettibile di determinazione aprioristica ma destinata a precisarsi di volta in volta a seconda della vicenda<sup>456</sup>.

Ciò ha trovato conferma nei principi di diritto europeo dei contratti e nel codice del consumo<sup>457</sup> soprattutto quanto ai rapporti disciplinati dal diritto societario e dal diritto del lavoro

---

<sup>455</sup> In altri termini sia l'eccesso di potere che la violazione delle clausole generali, rimandano ad un comportamento abusivo; ciò però che le differenzia sono non tanto l'espressione utilizzata (concetti giuridici indeterminati) quanto i criteri utilizzati per definire l'*ubi consistam* di tale contrarietà e applicare il principio nel caso concreto. Il valore aggiunto del ricorso alla buona fede oggettiva risiede infatti nel suo essere ancorata non solo ai principi costituzionali ma anche alla morale sociale intesa come insieme dei parametri comuni obiettivamente espressi dall'ambiente e dall'insieme dei consociati. Ed è proprio questa mediazione che mantiene il sindacato giurisdizionale entro i propri limiti assicurando la salvezza del merito e dell'autonomia privata o nel caso del diritto amministrativo, della riserva di amministrazione. Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 150 e ss; Castronuovo C., *L'avventura delle clausole generali*, in Busnelli F.D. (a cura di), *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano, 1987

Sul concetto di ragionevolezza nel diritto civile vedi Patti S., *La ragionevolezza nel diritto civile?*, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it); Troiano S., *"La ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2009

<sup>456</sup> Bigliazzi, Geri L., *Buona fede nel diritto civile*, in Dig.Disc.Priv.Sez.Civ., II, Utet, Torino, 1988; Berteà S., *Certezza del diritto e ragionevolezza nella teoria della argomentazione giuridica contemporanea*, in La Torre, M – Spadaro A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002

<sup>457</sup> Nei *Principi di diritto europeo dei contratti*, l'articolo 1: 201, a) prescrive che "le parti devono agire nel rispetto della buona fede e correttezza" rispettando gli interessi della controparte. L'articolo 1: 302 collega buona fede e ragionevolezza: "è da ritenere ragionevole ciò che chiunque in buona fede e nella stessa situazione delle parti dovrebbe considerare ragionevole"; e ancora il codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206) all'art. 2, comma 2 lettera e) riconosce al consumatore il diritto ("fondamentale") alla correttezza, trasparenza, equità nei rapporti contrattuali. Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 331

sia tra privati che con la p.a. nei quali l'agire irragionevole trova limite e sanzione nella buona fede<sup>458</sup>.

La forza della discrezionalità cioè non può mai essere tale da esonerare il datore di lavoro dai basilari obblighi di comportamento: il ricorso alle clausole generali se da una parte non permette al titolare del potere di disporre arbitrariamente della titolarità dell'interesse contrapposto dall'altro amplia lo spazio interpretativo del giudice restando immutata la posizione di parità rispetto all'ordinamento<sup>459</sup>.

Parte della dottrina<sup>460</sup> recentemente ha osservato come a fronte del carattere unitario del potere pubblicistico e dei parametri in base ai quali giudicare la legittimità degli atti che ne costituiscono esercizio, il potere privato sarebbe invece caratterizzato dalla esistenza di norme parametro individuabili solo caso per caso e desumibili dal singolo rapporto<sup>461</sup>.

Non può certo negarsi che il sistema concettuale utilizzato dal diritto comune è del tutto eterogeneo rispetto a quello proprio del diritto amministrativo tuttavia, se anche non sono richiamati i

---

<sup>458</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 332; cfr. S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile?*, op.cit.

<sup>459</sup> Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005; C. Cudia. *Funzione amministrativa*, op. cit. pag. 331

<sup>460</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, secondo la quale, tuttavia, questa circostanza da un lato non ha comportato una diminuzione della tutela garantita al lavoratore; dall'altro ha consentito di tenere nettamente distinti i profili riguardanti il rapporto sindacabili dal giudice, da quanto invece attiene alle scelte che rientrano nella autonomia insindacabile del datore di lavoro; G. Sigismondi, *Eccesso di potere*, op.cit., pag. 49 e ss

<sup>461</sup> Pioggia A., *Il giudice e la funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'Amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004; Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op.cit., pag. 97 e ss

profili concettuali di tale tipo di sindacato sono però, come già detto, replicati parzialmente gli schemi quali la ragionevolezza, la logicità delle scelte, la verificabilità della loro coerenza da parte del giudice, con la sola differenza che la possibilità di procedere a tali valutazioni non attiene al carattere funzionalizzato del potere esercitato dalla pubblica amministrazione ma alla necessità di verificare l'adempimento degli obblighi (di correttezza) nel compimento di valutazioni unilaterali<sup>462</sup>.

Ciò non impedisce, come si è già cercato di evidenziare, un parallelismo tra i due sistemi concettuali e la possibilità di verificare l'esistenza di possibili equivalenze di significati tra gli stessi<sup>463</sup>.

Con la privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si è evidenziato sia che si configurano anche nell'ambito di rapporti disciplinati dal diritto privato fattispecie nelle quali sono individuabili situazioni di potere ossia situazioni che prima del processo di privatizzazione erano classificate e risolte sulla base delle categorie concettuali che si ricollegavano alla assunzione di determinazioni unilaterali da parte della amministrazione; sia che nel contesto di tali rapporti la soluzione ai possibili conflitti è fornita sulla base di modelli alternativi rispetto a quelli pubblicistici<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit., pag. 55; Cfr sul punto Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della "alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001, I, pag. 561 e ss;

<sup>463</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 56 e ss; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit., pag. 332

<sup>464</sup> Cfr. Cass. civ. Sez. Lav., 17.04.2012, n. 5999, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo la

Sulla base di queste considerazioni, di recente, il vizio dell'eccesso di potere è stato sottoposto ad una serrata critica<sup>465</sup> volta a dimostrare l'incompatibilità del sindacato giurisdizionale e l'opportunità (necessità) di rinunciare a questa categoria a vantaggio di categorie e modelli ricavati dal diritto privato e fondati sull'utilizzo delle clausole generali di buona fede e correttezza<sup>466</sup>.

Tale conclusione è stata solo teorizzata dalla dottrina al termine di un percorso teso a ricostruire il diritto amministrativo e il diritto comune (fermo restando i profili di specialità) secondo categorie giuridiche unitarie che pongono comunque al centro dell'ordinamento giuridico e del suo sistema l'individuo e la sua sfera giuridica<sup>467</sup>.

---

quale con particolare riferimento agli atti inerenti al conferimento degli incarichi dirigenziali, la giurisprudenza ha affermato che gli stessi sono esclusi dagli atti amministrativi e vanno ascritti tra quelli negoziali con conseguente sottrazione al regime e alle regole proprie degli atti amministrativi, dovendosi fare applicazione delle norme del codice civile in tema di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro... le situazioni soggettive del dipendente possono definirsi in termini di "interessi legittimi" di diritto privato ascrivibili alla categoria dei diritti di cui all'art. 2097 cc... Nell'ambito del rapporto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze della P.A., il giudice ordinario sottopone al sindacato del giudice i poteri esercitati dall'amministrazione nelle vesti di datrice di lavoro, sotto il profilo della osservanza delle regole di buona fede e correttezza, regole applicabili anche alla attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento

<sup>465</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela* ....., op. cit., pag. 322 e ss.

<sup>466</sup> In questo modo sarebbe meglio garantiti non solo la tutela giurisdizionale del soggetto nella cui sfera giuridica le determinazioni unilaterali dell'amministrazione producono effetti ma anche l'area di queste determinazioni che riguardando il merito amministrativo e nel rispetto del principio della separazione dei poteri, deve restare sottratta a qualsiasi sindacato da parte del giudice. Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag.171 e ss.

<sup>467</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op.cit. pag. 170; cfr. sul punto Sala G., *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, Marzo 2011, Utet giuridica, Torino, 2011. Al di là del richiamo alle clausole generali conosciute dal diritto privato o specifiche del diritto amministrativo, si coglie in recenti interventi del legislatore, la tendenza alla

Le critiche in effetti si appuntavano sull'incongruenza, per i rapporti di cui ci si occupa, di una logica che garantisce il diritto di azione e il diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione con la sistematica dell'eccesso di potere che assume la conformità all'interesse pubblico come parametro di legittimità degli atti<sup>468</sup>. In contrasto con i principi costituzionali dal momento che, da una parte, sarebbe consentito l'ingresso nel processo di un interesse del quale una delle parti è istituzionalmente portatrice (l'amministrazione) determinando un sostanziale squilibrio tra le parti; dall'altro si rischierebbe di violare il principio della separazione dei poteri in quanto verrebbe permesso al giudice di utilizzare il parametro

---

sostituzione di una regola rigida con una normativa elastica, venendo demandato all'interprete, amministrazione o giudice, il completamento della fattispecie normativa, con parametri valutativi desunti da un modello di comportamento tratto dall'esperienza o comunque individuata come congruo dall'interprete... La recente espansione anche nella legislazione amministrativa della tecnica normativa per clausole generali, comporta una dilatazione del ruolo dell'interprete e del giudice chiamato a verificare la coerenza del comportamento amministrativo con i modelli richiamati ma non descritti in termini puntuali e prescrittivi del legislatore.

Negli ultimi vent'anni, con la codificazione della procedura amministrativa, una parte del diritto amministrativo giurisprudenziale è stata sostituita dal diritto codificato. La complessità della realtà che aumenta anziché diminuire ha pertanto imposto la tendenza a preferire alle norme rigide e agli automatismi degli effetti, norme elastiche che consentono di adeguare la soluzione del singolo caso al modello indicato ma non sempre definito dal legislatore. Da qui l'insistenza del legislatore di porre canoni aventi le caratteristiche delle clausole generali a modello di comportamenti per l'amministrazione pubblica. Ma così il ruolo di chi è chiamato ad applicare il diritto e soprattutto quella del giudice, si espande. Secondo Rescigno P., *Una nuova stagione per le clausole generali*, in Giur.it, Utet Giuridica, Torino, 2011, le clausole generali sono "indispensabili all'attività dei giudici una volta rimosso il pregiudizio che attraverso norme a contenuto elastico ed indeterminato dai giudici, possa favorirsi l'abuso e la pretesa creativa del diritto"... Buona fede, correttezza, lealtà, buon costume, appaiono "al più indispensabili nella società moderna ed anzi meglio rispondenti alla pluralità di tradizioni e orientamenti che in essa convivono; Cognetti S., *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in Giuris. It., Marzo 2012, Utet Giuridica, Torino, 2012

<sup>468</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag.172

dell'interesse pubblico per un sindacato di legittimità<sup>469</sup>.

Al contrario, la teoria delle clausole generali tende alla ricostruzione delle relazioni tra privato e pubblica amministrazione secondo categorie e modelli propri del diritto comune sostituendo alla logica del potere e dal punto di vista delle situazioni soggettive, dell'interesse, quella del rapporto capace di disciplinare diritti e obblighi reciproci<sup>470</sup>.

Abbandonando il modello dell'eccesso di potere nel sindacato sulle determinazioni unilaterali dell'amministrazione si può seguire quello del giudizio in base alle clausole generali di buona fede e correttezza; ovvero la pretesa ad un comportamento conforme ai canoni di buona fede e correttezza è oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione e la violazione di queste regole di comportamento potrebbe essere dedotta in giudizio alla stregua di un inadempimento della amministrazione ai propri obblighi; il giudice chiamato a decidere, potrebbe fondare il proprio giudizio considerando parametri del tutto neutri rispetto agli interessi delle parti in gioco<sup>471</sup>. Con ciò ci si allontana dall'idea di un sindacato sull'esercizio del potere amministrativo fondato sul modello dell'eccesso di potere; il giudizio di legittimità delle determinazioni unilaterali, assumerebbe quindi come parametro

---

<sup>469</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 172; Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, op cit., pag. 60 e ss., secondo la quale calibrare la tutela giurisdizionale sull'interesse pubblico significa far entrare l'amministrazione nel processo come autorità, e quindi snaturare il valore stesso della funzione giurisdizionale;

<sup>470</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 173

<sup>471</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 173



di giudizio non l'interesse pubblico né le norme attributive di potere ma standard di comportamento con i quali confrontare la decisione assunta nel concreto<sup>472</sup>.

La possibilità di ricostruire una relazione tra privato e pubblica amministrazione come rapporto giuridico riconducendo il sindacato sulle scelte unilaterali compiute da quest'ultima in termini di conformità alle clausole di buona fede e correttezza conferma la possibilità dell'estensione dell'ambito dei modelli giuridici oltre i confini entro i quali sono sorti<sup>473</sup>

---

<sup>472</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 175

<sup>473</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 196; Secondo Perfetti L., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in Giur.It., Marzo 2012, Utet giuridica, Torino, 2012, le clausole generali.. sono strumenti d'uso quotidiano nella vita pratica del diritto e l'intera evoluzione dell'eccesso di potere come parametro di verifica del potere amministrativo discrezionale ne è intessuta; cfr sul punto Angeletti A., *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in Giur.It., marzo 2012, Utet Giuridica, Torino, 2012, secondo il quale il principio di buona fede e correttezza ha ormai fondamento oltre che nelle norme del codice civile anche nella legislazione pubblicistica: lo si riconosce, ad esempio, nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., nella legge 11 novembre 2011 n. 180 con cui si introduce il principio della reciprocità dei diritti e dei doveri nei rapporti tra impresa e pubblica amministrazione... Le clausole generali, demandando all'interprete un giudizio sulla azione amministrativa, implica che questo consiste in una valutazione di conformità alle regole che disciplinano la fattispecie. Per cui esso non può consistere in una valutazione di supremazia di un interesse rispetto ad un altro.... La buona fede impone nel determinare l'assetto del rapporto giuridico, una valutazione degli interessi in gioco senza posizioni di privilegio a priori ... E' l'idea dell'*amministrazione paritaria* che si fa strada nel diritto amministrativo (cfr. sul punto v. Benvenuti F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975; Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit.; Cintioli F., *Giudice amministrativo, tecniche e mercato*, Giuffrè, Milano, 2005)...Vi sono infatti decisioni del giudice amministrativo che si pongono anche in relazione alla attività discrezionale, in evidente evoluzione rispetto al consueto controllo sul provvedimento amministrativo..dimostrando l'acquisizione da parte del giudice amministrativo, di un territorio che ha ampliato i confini al punto che potrebbe formularsi una teoria generale sulle clausole come mezzo per garantire l'imparzialità nei rapporti tra amministrazione e cittadini (cfr. sul punto T.A.R. Lombardia, Sez III, 11 ottobre 2010, n. 6914; T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 2 febbraio 2011, n. 357; Cons. di Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1111, tutte in

Il richiamo alle clausole generali nel diritto comune e in particolare agli obblighi di buona fede e correttezza, è stato utilizzato per permettere al giudice di giudicare senza sovrapporre le sue scelte a quelle compiute dal datore di lavoro secondo un noto schema che, come già detto, alcuni studiosi della materia, per alcuni versi, hanno assimilato al giudizio sul potere amministrativo<sup>474</sup> discrezionale fondato sull'eccesso di potere<sup>475</sup>.

Ora è indubitabile che il potere discrezionale del datore di lavoro non può essere discrezionale allo stesso modo del potere

---

[www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) ).

<sup>474</sup> Sigismondi G., *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in Diritto pubblico, Il Mulino, Bologna, 2003, pag. 475. Questa scelta è ora condivisa da Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, op.cit., pag. 140 e ss. Cfr. sul punto, Pagni I., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche della impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e delle attività amministrative*, Giuffrè, Milano, 2005. In senso critico sulla possibilità di un confronto vedi Proto Pisani A., *Appunti sulla c.d. tutela costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in Rivista di diritto processuale, Giuffrè, Milano, 1991, pag. 60 e ss, secondo il quale pur potendo riportare potere pubblico e potere privato a schemi comuni (in particolare a modelli che rappresentano le diverse tecniche di produzione degli effetti sostanziali a partire da una norma di legge attributiva del potere, individuativi rispettivamente nella sequenza *norma-potere-effetto* e *norma-fatto-effetti* con la varianti *norme-fatto-potere sull'an-effetto* e *norma-fatto-potere sull'an-accertamento giudiziale-effetto*) tra le due situazioni resterebbero differenze insuperabili. Lo schema *norma-fatto-potere sull'an-effetto*, applicato ai poteri privati, presupporrebbe la preesistenza di una relazione sostanziale tra chi esercita il potere e il destinatario passivo del potere stesso mentre nel caso del potere pubblico tale relazione non sarebbe richiesta; i poteri privati inoltre sarebbero limitati alla decisione circa l'*an* di un effetto già compiutamente previsto da una legge senza possibilità di modificarne il contenuto mentre al potere pubblico sarebbe anche attribuita la capacità di determinare discrezionalmente il contenuto degli effetti. Anzi proprio la possibilità di determinare discrezionalmente l'assetto finale degli interessi in gioco costituirebbe la peculiarità principale del potere pubblico rispetto ai poteri privati. Il che equivale a dire che lo schema *norma-potere-effetti* non sarebbe mai applicabile ai poteri privati. Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op.cit., pag. 196 e ss

<sup>475</sup> Secondo Cudia C., *Funzione amministrativa*, op.cit. pag. 150 e ss, clausole generali di correttezza e buona fede ed eccesso di potere operano nello stesso modo e sono sostanzialmente fungibili.

amministrativo per il fatto che, come la dottrina privatistica ha spesso sottolineato, i poteri privati sono espressione di autonomia e nascono liberi, mentre per quanto riguarda la discrezionalità, espressione del potere amministrativo, essa nasce con dei limiti interni in quanto è funzionalizzata all'interesse pubblico<sup>476</sup>.

Tuttavia, secondo autorevole dottrina<sup>477</sup>, pur essendo vero che l'autonomia privata è libera mentre il potere amministrativo è soggetto ai vincoli rappresentati dall'interesse primario (ossia l'interesse pubblico proprio della sfera di attribuzione e competenza dell'amministrazione stessa) per quel che riguarda invece la sfera di libertà che caratterizza la discrezionalità amministrativa, i limiti al potere discrezionale non possono essere considerati come limiti funzionali all'interesse pubblico genericamente inteso e lo stesso interesse pubblico non rappresenta un limite ai poteri di ponderazione e di scelta della pubblica amministrazione; di conseguenza il carattere interno dei limiti all'esercizio del potere amministrativo può riguardare solo il limite rappresentato dall'interesse primario mentre dal carattere discrezionale del potere non è possibile desumere l'esistenza di altri limiti all'esercizio del potere amministrativo (discrezionale). Ed infatti, tali limiti esistono ma non dipendono dalla norma attributiva del potere di provvedere, non sorgono quindi contestualmente a tale attribuzione: in altre parole, si tratterebbe di limiti esterni e non interni.

---

<sup>476</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 197

<sup>477</sup> Giannini M. S., *Diritto Amministrativo II Vol. 2° ed*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 485

Pertanto non ci sarebbe una differenza, per così dire, ontologica tra l'ambito di libertà che caratterizza l'autonomia privata e quello che caratterizza il potere amministrativo discrezionale, al di là del solo limite rappresentato dall'interesse primario perseguito dalla norma attributiva del potere<sup>478</sup>.

Da ciò si evince che, se l'eccesso di potere non viene costruito come vizio correlato alla deviazione dell'atto dalla sua funzionalizzazione all'interesse pubblico genericamente inteso e, nel corrispondente sindacato giudiziale, il riferimento all'interesse pubblico non ha alcun significato pregnante, viene meno l'idea della incommensurabilità dei due modelli di sindacato.

Certamente è diverso il modo di individuare i limiti al potere, tuttavia sia nel caso dei poteri privati sia nel caso del potere amministrativo, il sindacato giudiziario conduce a risultati che potrebbero sovrapporsi, seguendo modelli analoghi anche se costruiti sulla base di concetti differenti<sup>479</sup>.

---

<sup>478</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 199 e ss

<sup>479</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere*, op. cit. pag. 200 e ss

## **2. Traslatio iudicii e unicità della giurisdizione quale ratio di una possibile comparazione tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione civile (del giudice del lavoro)**

La comparazione oggi tra giudizio di legittimità amministrativo e giudizio di legittimità civile (di lavoro privato) e in generale tra le giurisdizioni è stata facilitata ed è stata resa più semplice rispetto al passato in quanto la giurisdizione tende ad essere sempre più unica pur nella pluralità di giurisdizioni e quindi ad essere sempre più omogenea come conferma il generale principio della *traslatio iudicii* introdotto con due sentenze, una della Corte di Cassazione a sezioni unite (4109/2007) e l'altra della Corte Costituzionale (77/2007) e oggi contenuto nell'art. 11 del Codice del processo amministrativo e nell'art. 59 della legge 69/2009<sup>480</sup>.

---

<sup>480</sup> Legge 18 giugno 2009 n. 69 – *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, pubblicato nella G.U. 19 giugno 2009, n. 140, S.O. (entrato in vigore il 5 luglio 2009). Art. 59 - *Decisione delle questioni di giurisdizione*: 1. Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo. 2. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile. 3. Se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione. 4. L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Nel quadro normativo attuale, la commistione tra modelli e istituti è arrivato ad un livello tale da rendere possibile la individuazione concreta di specifiche regole di integrazione tra moduli pubblicistici e moduli privatistici, di relazioni di equivalenza tra modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati. Come conferma del resto la nuova formulazione dell'art. 111, commi 1 e 2, Cost.<sup>481</sup> relativo a tutti i giudizi compreso quello amministrativo, richiamato espressamente

---

*5. In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova.*

D.lgs. 104 del 2 luglio 2010: *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo* (pubblicato nella Gazz. Uff. 7 luglio 2010, n. 156, S.O.). Art. 11 - *Decisione sulle questioni di giurisdizione: 1. Il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito. 2. Quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice nazionale o viceversa, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato. 3. Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione. 4. Se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice le sezioni unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle sezioni unite. 5. Nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti. 6. Nel giudizio riproposto davanti al giudice amministrativo, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova. 7. Le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione.*

<sup>481</sup> Art. 111 Cost. comma 1 e 2 secondo il quale *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*

dall'art. 2 del Codice del processo amministrativo<sup>482</sup>.

Come ha evidenziato parte della dottrina, tale comparazione è possibile e resa più facile per due motivi:

a) al di là della incidenza della funzionalizzazione della attività amministrativa all'interesse pubblico stabilito in modo specifico dalla norma attributiva del potere di provvedere, il carattere discrezionale del potere amministrativo non ha implicazioni dirette né sui limiti all'esercizio di tale potere né sul modello di sindacato che può essere svolto dal giudice: nel giudizio condotto secondo il modello dell'eccesso di potere<sup>483</sup>, la legittimità del

---

<sup>482</sup> Art. 2 D.lgs.104/2010 (sul giusto processo), secondo il quale *Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo*; ma vedi anche art. 1 D.lgs 104/2010 secondo il quale *La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*.

<sup>483</sup> Vizio di legittimità che comporta l'annullamento del provvedimento amministrativo riguardante le ipotesi in cui il potere amministrativo sia stato esercitato per un fine diverso rispetto a quello previsto dalla legge –sviamento di potere, o secondo modalità tali da fare ritenere che la determinazione assunta dalla amministrazione si ponga in contrasto con il fine generale della attività amministrativa che deve sempre perseguire l'interesse pubblico. L'eccesso di potere è strettamente collegato alla discrezionalità amministrativa secondo una corrispondenza che considera da un lato l'eccesso di potere come vizio tipico della attività amministrativa discrezionale e dall'altro la possibilità di sindacare l'esercizio del potere amministrativo nei termini dell'eccesso di potere come conseguenza diretta del carattere funzionale del potere stesso. Carattere discrezionale e non libero del potere amministrativo, sindacabilità nei termini di vizio di eccesso di potere e funzionalizzazione all'interesse pubblico dell'attività amministrativa, sono considerati come elementi strettamente connessi: l'attività amministrativa che non trova nella legge attributiva del potere di provvedere, puntualmente predeterminati tutti i contenuti della decisione è ritenuta discrezionale e non libera - a differenza della autonomia privata salvo i limiti imposti dal rispetto delle norme imperative - sussistendo il vincolo del necessario perseguimento dell'interesse pubblico che correlativamente giustifica la sindacabilità delle determinazioni assunte unilateralmente dall'amministrazione nei termini dell'eccesso di potere; Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali - Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012

provvedimento non è infatti valutata sulla base di parametri riconducibili alla norma attributiva del potere di provvedere o al carattere funzionalizzato all'interesse pubblico ma alla luce di "standards di valutazione" o di criteri in grado di fornire un parametro di misura di comportamenti e situazioni in termini di normalità.

Il vizio dell'eccesso di potere consiste infatti nella violazione di principi relativi al comportamento o alla decisione assunta dalla amministrazione, la cui violazione non è desunta da figure sintomatiche ma va valutata in base a standard ricavati dalla coscienza civile o dalla comune esperienza<sup>484</sup>. Questa prospettiva sembra confermata anche se ci si pone nell'ottica di chi ha creduto di poter valorizzare il principio di equità nel diritto amministrativo come criterio per l'esercizio della discrezionalità amministrativa e come parametro cui fare riferimento nel sindacato sulle scelte discrezionali.

Quando si attribuisce all'equità la funzione di limite interno della discrezionalità amministrativa, non definibile a priori e in positivo, e al sindacato del giudice amministrativo sul vizio di eccesso di potere il ruolo di strumento per consentire l'emersione di tale limite e garantire la legalità sostanziale dell'attività amministrativa, non si fa altro che riconoscere la possibilità di elaborare specifici standard di valutazione con i quali

---

<sup>484</sup> Scoca F.G., *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in Garofalo L. (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nella esperienza giuridica storica e contemporanea (atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia, Treviso 14-15-16- giugno 2001)*, vol III, Padova, 2003, 471 e ss



confrontare, a posteriori, le determinazioni assunte nel caso specifico.

A tal proposito autorevole dottrina<sup>485</sup> ha da tempo evidenziato come nella configurazione del vizio di eccesso di potere, hanno svolto un ruolo determinante i criteri di valutazione della azione amministrativa elaborati dal giudice e consolidatisi in veri e propri standard valutativi

A ciò si aggiunge che lo stesso interesse pubblico generale dal momento che non può essere definito in positivo e sulla base di un giudizio a priori, non può essere preso in considerazione come parametro teleologico di riferimento per valutare la conformità ad esso delle scelte compiute dalla amministrazione;

b) l'autonomia privata si è progressivamente allontanata dalla idea originaria di ambito di libertà soggetta solo ai limiti derivanti dalle norme imperative e dal generale divieto di compiere atti emulativi: e ciò non solo nei settori specifici in cui era stata ravvisata l'esistenza di situazioni qualificate come di potere privato ma anche in una prospettiva più generale tale da rendere ammissibile anche un sindacato del giudice sull'equilibrio degli interessi delle parti all'interno del rapporto contrattuale.

Fermo restando che discrezionalità amministrativa e autonomia privata non possono di certo sovrapporsi e che l'ambito del

---

<sup>485</sup> Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970. In tempi più recenti, Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano 2001; Merusi F., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Periodico Giur.It.*, n. 5/2012, Utet, Torino, 2012, p. 1195 e ss.

potere pubblico e dei poteri privati non possono di certo coincidere (ed infatti diverso è il fondamento del potere, diversi sono alcuni principi che regolano l'esercizio della discrezionalità amministrativa nonché diversi sono i percorsi secondo i quali si sono sviluppati i modelli di sindacato) tuttavia non si tratta di differenze sostanziali o tali da rendere i sistemi incommensurabili.

Il potere amministrativo trova la sua origine in una disposizione di legge e viene attribuito per perseguire un interesse pubblico specifico anche quando all'amministrazione è lasciato uno spazio di discrezionalità nella scelta della soluzione da adottare nel caso concreto: il vincolo rispetto al fine ha una rilevanza immediata se lo si confronta con la valutazione di conformità allo scopo che caratterizza la valutazione dell'abuso del diritto perchè ogni deviazione si risolve in una violazione diretta della norma attributiva del potere. Tuttavia questo schema di controllo causale lo si trova anche nell'ambito del sindacato sulla autonomia privata sicché non può essere considerato tipico del giudizio di legittimità sul provvedimento amministrativo.

E ancora alcuni dei principi che regolano l'esercizio della discrezionalità amministrativa vero è che non trovano corrispondenza nella disciplina della autonomia privata e negli ambiti ricondotti alla categoria dei poteri privati ; tuttavia nulla impedisce che regole analoghe possono essere previste anche a carico della pubblica amministrazione quando agisce come soggetto privato: si tratta infatti di principi non legati al tipo di

potere esercitato ma dipendenti dal soggetto che lo esercita.

Nessuna delle differenze riscontrate può però portarci ad affermare che vi sia una differenza strutturale tra potere pubblico e poteri privati.

Nel momento in cui il riferimento all'interesse pubblico genericamente inteso cessa di essere il parametro per valutare la correttezza (*rectius*: legittimità) delle determinazioni unilaterali della pubblica amministrazione, il giudizio sullo spazio di libertà che resta segue lo stesso modello sia che venga condotta secondo lo schema dell'eccesso di potere sia che si svolga con riferimento alle clausole di buona fede e correttezza

In entrambe i casi infatti, i limiti all'esercizio del potere sono individuati sulla base di standard valutativi non diversi tra loro: né il principio di ragionevolezza né il sindacato sulla proporzionalità possono essere considerati esclusivi del giudizio sul potere amministrativo.

Quindi ai fini della individuazione dei limiti al potere non rileva se la scelta avvenga nell'ambito di discrezionalità o di autonomia.

La dottrina<sup>486</sup> parla al riguardo di uno "statuto unitario del potere": le modalità di sindacato sulle determinazioni unilaterali seguono schemi logici analoghi sia che riguardino il potere amministrativo sia che riguardino poteri privati.

L'ambito di libertà entro cui possono essere assunte le determinazioni unilaterali, siano esse definite in una sfera di

---

<sup>486</sup> Sigismondi G, *Eccesso di potere e clausole generali*....., op. cit., pag. 200 e ss.

autonomia oppure decise in un ambito di discrezionalità (in un ambito quindi già limitato dall'esistenza di un interesse primario da perseguire normativamente imposto) è soggetto a limiti che operano in modo analogo nei due casi. In entrambe i casi inoltre, tali limiti non possono essere connaturati al tipo di potere esercitato ma dipendono dalla particolare collocazione del soggetto cui è attribuito il potere nell'ordinamento.

Diversi sono ovviamente sia la via percorsa per individuare tali limiti sia il contesto normativo sulla base del quale sono state sviluppate le argomentazioni che hanno condotto ad affermare l'esistenza di limiti e alla definizione delle modalità operative di tali limiti.

Per il potere amministrativo punto di partenza non è stato una norma che attribuisce al destinatario dell'esercizio del potere una pretesa sostanziale garantita dall'ordinamento ma una norma di azione in presenza di un vizio che può causare l'invalidità, possibile presupposto per l'annullamento dell'atto nel quale è formalizzata la determinazione unilaterale assunta. E successivamente nell'ambito di tali vizi ha preso piede la nozione di eccesso di potere che negli anni si è arricchito di significato fino a diventare il punto di riferimento normativo per l'individuazione dei limiti all'esercizio del potere amministrativo.

Nell'ambito dei poteri privati, i limiti sono stati individuati sulla base di due categorie: la prima è quella di espresse disposizioni normative che attribuiscono specifiche pretese sostanziali il cui

contenuto è tuttavia definito attraverso clausole generali di buona fede e correttezza (1175 e 1375 cc ); la seconda è quella dell'abuso del diritto<sup>487</sup> che fa emergere i confini delle situazioni giuridiche soggettive su cui si fonda il potere di assumere una determinazione unilaterale sanzionando le condotte che sono sì riconducibili a tali situazioni ma tuttavia non sono tollerabili alla luce dei principi dell'ordinamento in quanto divergono dal presupposto causale della norma attributiva della situazione giuridica soggettiva stessa.

Parte della dottrina ravvisa proprio in questa circostanza la difficoltà di trasporre nel sistema del diritto amministrativo il modello che si fonda sull'utilizzo delle clausole generali per individuare i limiti alle determinazioni unilaterali in quanto nel diritto amministrativo mancherebbero fonti che corrispondono agli artt. 1175 e 1375 ( una funzione simile è per esempio svolta dalla norma che riconosce la possibilità di adire il giudice amministrativo nel caso di provvedimento viziato da eccesso di potere art. 29 D.lgs. 104/2010 - Codice del processo amministrativo).

Neanche questo rilievo rende i due sistemi incommensurabili e tale da essere di ostacolo alla possibilità di individuare

---

<sup>487</sup> sul punto cfr AA.VV., *L'abuso dei diritti dei lavoratori*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Mass. Giur.Lav., Il Sole 24 ore, Milano, 2010, pag. 5 e ss; Conforti V., Caccavo R., *Abuso del diritto e libertà di iniziativa economica* in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), Aprile 2011; Levanti S., *Abuso del diritto* in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), Giugno 2011; Trapuzzano C., *L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto* in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)

equivalenze di significati; ed infatti basti pensare che l'azione amministrativa è retta dai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost e all'art. 1 comma 1 l. 241/90 (e succ. mod. e integrazioni), che trovano il loro fondamento nel principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. come del resto le clausole di buona fede e correttezza.

Ultima considerazione che potrebbe apparentemente rendere difficile la comparazione riguarda l'ambito delle situazioni soggettive.

L'interesse legittimo è una situazione giuridica tipica della relazione con il potere amministrativo "funzionalizzato" al perseguimento dell'interesse pubblico sicché non confrontabile con altre situazioni giuridiche soggettive simili riscontrabili nel diritto privato (per es. le situazioni giuridiche soggettive strumentali - come le chiamava autorevole dottrina<sup>488</sup> già nel 1989, ricondotte all'ambito dei diritti soggettivi o come interessi legittimi di diritto privato privi di correlazione con un potere funzionalizzato e quindi distinti rispetto agli interessi legittimi di diritto pubblico).

Tuttavia come già detto in precedenza, la funzionalizzazione del potere amministrativo all'interesse pubblico ha solo una connotazione modale nel senso che la determinazione assunta dalla amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale, deve soddisfare certe regole (ad. esempio quelle procedurali) ma non per questo dalla funzionalizzazione possono desumersi

---

<sup>488</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" dei lavoratori. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988

limiti all'esercizio del potere discrezionale rispetto ai quali valutare una eventuale deviazione.

Sono le modalità specifiche con le quali va presa la decisione e i limiti individuabili sulla base del confronto con standard di valutazione che consentono di valutare l'accessibilità della scelta. Sicché il fine generale a cui tende l'azione amministrativa è indifferente rispetto alla consistenza delle pretese che il singolo può avanzare nei confronti di tale azione come indifferente sarebbe il fatto che il rispetto delle specifiche modalità nell'assunzione delle determinazioni unilaterali sia imposto nell'interesse del singolo o per garantire la razionalità delle scelte della Amministrazione.

Sulla base di queste considerazioni sarebbe difficile distinguere il contenuto sostanziale dell'interesse legittimo "dalle situazioni giuridiche strumentali"<sup>489</sup> che caratterizzano la posizione dei soggetti di fronte all'esercizio dei poteri privati nonché sostenere che sia la finalità dell'azione della pubblica amministrazione a connotare le situazioni giuridiche soggettive che si configurano nei confronti della stessa amministrazione.

Quanto affermato ossia la possibilità di ricondurre i modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati ad una logica comune, è sostenuto anche dalla considerazione del carattere eterogeneo delle situazioni giuridiche ricondotte alla nozione di interesse legittimo di diritto pubblico (situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale la cui nozione non si esaurisce

---

<sup>489</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali"*, op.cit.

sul piano sostanziale della sua eventuale tutela in sede giurisdizionale ma svolge l'importante funzione di discriminare tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo) considerazione che porta ad escludere che i contenuti di questa nozione sono di ostacolo alla individuazione di equivalenze di significato tra modelli di tutela nei confronti dell'esercizio di un potere unilaterale elaborati rispettivamente nell'ambito del diritto pubblico e del diritto privato.

Come già evidenziato nel paragrafo precedente, una tesi che permette di ravvisare uno spiraglio da cui partire per realizzare una comparazione tra i due sistemi è quella che propone di sostituire all'eccesso di potere una valutazione delle scelte unilaterali della pubblica amministrazione condotta secondo le clausole generali di buona fede e correttezza (quelle stesse clausole la cui logica è considerata, erroneamente a parer mio, incompatibile con il sistema pubblicistico).

In tal modo sarebbero meglio garantiti sia la tutela giurisdizionale dei soggetti nella cui sfera giuridica producono effetti le determinazioni unilaterali della amministrazione, sia il rispetto dell'area di queste determinazioni che, riguardando il merito amministrativo in base al principio della separazione dei poteri, deve restare sottratta a qualsiasi sindacato da parte del giudice<sup>490</sup>.

Questa ricostruzione si basa sulla idea della impossibilità di

---

<sup>490</sup> Bombardelli M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 78; Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali-Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012



sostenere, in una logica conforme ai principi costituzionali (in particolare al principio che garantisce in termini generali il diritto di azione a tutela delle situazioni giuridiche soggettive e, nello specifico, il diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione) la sistematica dell'eccesso di potere, vizio che sarebbe caratterizzato da una incongruenza di fondo ossia l'aver assunto, come parametro di legittimità dell'atto, la conformità all'interesse pubblico.

L'alternativa proposta consiste nella ricostruzione della relazione privato/pubblica amministrazione, servendosi di categorie e concetti di diritto comune, abbandonando la logica del potere e dell'interesse (situazioni giuridiche soggettive) a favore di quella del rapporto giuridico che disciplina puntualmente diritti e obblighi reciproci.

Un sindacato sulle determinazioni unilaterali della amministrazione condotto secondo le clausole generali di buona fede e correttezza<sup>491</sup>.

Trattasi di una tesi fondata su una nozione di eccesso di potere tradizionale ossia che prescindendo volutamente dalla ricostruzione della evoluzione della nozione di eccesso di potere dalla sua origine fino alle concezioni attuali, sostiene l'esistenza di una stretta correlazione tra carattere discrezionale della attività svolta dalla amministrazione, funzionalizzazione della attività,

---

<sup>491</sup> Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela - Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 24 e ss; Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali - Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012

sindacabilità nei termini di eccesso di potere.

Viene cioè meno il riferimento all'interesse pubblico genericamente inteso che dovrebbe costituire il metro di valutazione per valutare l'irragionevole uso della discrezionalità amministrativa.

Il giudizio sulla legittimità delle determinazioni unilaterali assume come parametro di valutazione non la norma attributiva del potere né l'interesse pubblico genericamente inteso ma standard di comportamento con i quali confrontare la decisione assunta nel caso concreto<sup>492</sup>.

Nell'ambito di questa ricostruzione, anche nel sistema di diritto pubblico può trovare spazio la tesi<sup>493</sup> secondo la quale la possibilità di allargare lo spettro dell'indagine del giudice al di là del mero ius dictum può realizzarsi solo mediante il ricorso alle clausole di buona fede e correttezza: esse costituiscono infatti l'unico strumento giuridico, accettabile alla luce del nostro ordinamento positivo, idoneo a recepire quei principi e valori sinteticamente ricondotti al dovere del datore di lavoro (sia esso pubblico o privato) di agire razionalmente e secondo opportunità. Queste previsioni infatti, garantiscono il perseguimento di esigenze di giustizia sostanziale in quanto servono a colmare talune lacune inevitabili se si considera che il legislatore mediante la tecnica della fattispecie e della tipizzazione non può disciplinare le infinite sfaccettature di un rapporto dinamico

---

<sup>492</sup> Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali...*, op. cit., pag. 201 e ss.

<sup>493</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore - Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988

come quello del lavoro e quindi prevedere e risolvere tutti i conflitti e le situazioni che nei fatti si presentano, sia che si tratti di lavoro privato sia che si tratti di lavoro pubblico alle dipendenze cioè di pubbliche amministrazioni.

Le c.d. *Generalklauseln* (clausole generali) inducono ad osservare non i meri provvedimenti ovvero i soli atti negoziali ma l'intera condotta dei soggetti di un rapporto giuridico con ciò portando ad un avanzamento della soglia del controllo giudiziale al momento delle scelte "pre-organizzative".

Tuttavia non si vuole giungere a disconoscere il principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 comma 1 Cost.: il datore di lavoro conserva il potere di effettuare le scelte organizzative tutt'al più vincolate solo da un punto di vista procedurale. Tuttavia al giudice deve essere riconosciuta la possibilità di sindacare l'effettiva sussistenza del nesso di causalità fra la scelta effettuata e i provvedimenti in concreto adottati.

Quindi, nell'ambito giuslavoristico, il sindacato del giudice si estende al merito nel senso di accertare i fatti e la corrispondenza tra fattispecie astratta legalmente predeterminata e fattispecie concreta: ciò appare inevitabile nel momento in cui si prende coscienza della necessità che il giudice non si limiti ad una lettura meramente formale delle ragioni pur astrattamente legittime avanzate dal datore di lavoro fermo restando ovviamente sempre, l'impossibilità per la giurisprudenza, di surrogare o sostituire la decisione dell'imprenditore e quindi di

sindacarla in base a criteri di convenienza ed opportunità ovvero in virtù di quelle regole extra giuridiche che costituiscono l'essenza del vero giudizio di merito<sup>494</sup>.

Nel giudizio di legittimità amministrativo il fatto è conosciuto pienamente ed anzi la cognizione del fatto è il proprium del giudizio amministrativo avendo il Giudice Amministrativo la cultura e gli strumenti adatti per tale cognizione; tuttavia tale cognizione presuppone sempre il rispetto di quel "quid" insindacabile rappresentato dalla valutazione della opportunità e della convenienza della scelta della Pubblica Amministrazione.

A maggior ragione, il giudice del lavoro non può non conoscere pienamente il fatto trattandosi di un giudizio per così dire, di "merito"<sup>495</sup> relativo a beni della vita fermo restando l'insindacabilità in termini di convenienza ed opportunità, delle scelte datoriali.

Sulla base di queste considerazioni procedo alla comparazione<sup>496</sup> tra il sistema pubblico e il sistema privato (nella specie il diritto

---

<sup>494</sup> Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore - Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988

<sup>495</sup> Cfr. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali"*, op.cit., secondo il quale Il sindacato del giudice nell'ambito giuslavoristico si estende al merito nel senso di accertare i fatti e la corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta legalmente predeterminata. Ciò appare inevitabile nel momento in cui si prende coscienza della necessità che il giudice non si limiti ad una lettura meramente formale delle ragioni, pur astrattamente legittime, avanzate dal datore di lavoro. Fermo restando l'impossibilità per la giurisprudenza, di sostituire o surrogare la decisione dell'imprenditore e quindi di sindacarla in base a criteri di convenienza e di opportunità ovvero in virtù di quelle regole extragiuridiche le quali, costituiscono l'essenza del vero giudizio di merito

<sup>496</sup> Sul confronto tra autonomia privata e discrezionalità alla luce delle più recenti evoluzioni ordinamentali vedi Romano A., *"L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'Amministrazione*, in *Diritto Amministrativo-Rivista trimestrale*- n. 2/2011, Giuffrè, Milano, pag. 241 e ss

del lavoro privato) ai fini della individuazione dell'ambito e dei limiti del sindacato del giudice di legittimità e dei poteri che lo caratterizzano, sul presupposto che la logica in base alla quale affrontare tale comparazione si fonda su una considerazione generale. Vero è che l'evoluzione dei modelli di diritto amministrativo e di diritto comune è avvenuta con percorsi distinti e diversi, percorsi paralleli che non si sono intersecati; tuttavia la prospettiva dell'evoluzione è stata simile perchè analoghi sono stati i problemi concreti con i quali le diverse elaborazioni concettuali si sono dovute confrontare o meglio il problema concreto che riguarda il diritto in generale: la disciplina del potere<sup>497</sup>. E se le risposte al problema sono state trovate seguendo vie differenti ciò non significa che tali diverse vie conducano necessariamente a risultati diversi non confrontabili.

---

<sup>497</sup> Ascarelli A., *I problemi delle Società anonime per azioni*, in Riv.soc., Giuffrè, Milano, 1956; Maisano A., *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1968, 1; Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali ...*, op. cit., pag. 204 e ss.

### **3. Valutazioni tecniche, sindacato di merito, limiti al sindacato del giudice di legittimità. La centralità del fatto amministrativo**

Per individuare un fatto produttivo di effetti giuridici la norma può servirsi di due tecniche differenti: può descrivere il fatto fissando direttamente tutti i termini, con concetti giuridici determinati oppure può rinviare all'integrazione dell'interprete mediante concetti giuridici indeterminati<sup>498</sup> che vanno di volta in volta completati con elementi o criteri extragiuridici (buona fede, la non scarsa importanza dell'inadempimento, la buona condotta, la pericolosità, l'insalubrità).

La tecnica dei "concetti giuridici indeterminati"<sup>499</sup> garantisce una certa flessibilità dell'ordinamento e consente una maggiore adattabilità dello stesso alle circostanze del caso concreto assicurandone l'attualità nonostante il decorso del tempo<sup>500</sup>.

---

<sup>498</sup> Per comprendere meglio cosa si intenda per "concetti giuridici indeterminati" Baccarini S., *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2001, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 83 e ss.

<sup>499</sup> Cfr. Bove M., *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1993, pagg. 17 e ss.. Sul punto v. anche Fabiani E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro It.*, n. 12/1999, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 3561, il quale ravvisa il profilo distintivo di tali concetti, rispetto a quelli determinati, nel diverso atteggiarsi dei due elementi che compongono ogni concetto giuridico (il nucleo centrale – composto da casi che certamente sono ricompresi nella definizione astratta – e la c.d. zona grigia – esterna al nucleo e composta dai casi che non sono spiegati dalla definizione del concetto e la cui sussumibilità allo stesso è, dunque, "incerta", legata a circostanze della situazione concreta e, chiaramente, rimessa a una valutazione più libera del giudice): nei concetti giuridici indeterminati, infatti, "la zona grigia del concetto" sarebbe inusualmente grande e diffusa e il nucleo del concetto in confronto ad essa eccezionalmente piccolo.

<sup>500</sup> cfr. Baccarini S., *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica*, op cit., p. 84. Cfr. Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Collana del Dipartimento di scienze giuridiche della Università degli Studi di Brescia* a cura di Parisio Vera, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 107 e ss.:

Mentre in diritto civile è il giudice che qualifica i comportamenti dei soggetti attraverso il potere di concretizzazione dei concetti giuridici; in diritto amministrativo tale potere è esercitato dalla pubblica amministrazione al fine della realizzazione del pubblico interesse<sup>501</sup> e tale esercizio è poi valutato dal giudice amministrativo secondo parametri di legittimità.

In diritto civile, la tecnica dei concetti giuridici indeterminati ha dato luogo a diverse nozioni.

Una prima nozione è quella di *norme elastiche*<sup>502</sup> (tra queste buona fede e correttezza) ossia quelle norme con le quali il legislatore delega al giudice una scelta assiologia (c.d. giudizi di valore in sede applicativa): applicabili al lavoro autonomo e subordinato<sup>503</sup>.

---

L'ordinamento giuridico dunque ricorre, nella struttura della fattispecie normativa, a concetti giuridici indeterminati destinati ad essere concretizzati dall'interprete mediante una attività integrativa; tuttavia tale integrazione giuridica non è arbitraria ma soggetta al controllo di legalità dei giudici.

<sup>501</sup> Baccarini S., *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica*, op. cit. pag. 80

<sup>502</sup> cfr. Pivetti M., *la Tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2011, Ediesse, Roma pag. 151 e ss; Ghera G., Valente L., *Un primo commento al Collegato lavoro* in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, n. 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano 2010, pag. 867; sul punto v. anche Rosselli F., *Il controllo della Cassazione sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, secondo cui la qualifica di norme elastiche non va riferita ad "ogni disposizione contenente un'espressione di significato non preciso o comunque tale da non poter essere interpretata con un semplice procedimento logico di sussunzione" o "mediante il ricorso alle scienze naturali o a metodi descrittivi", quanto piuttosto esclusivamente a quelle norme "con cui il legislatore delega al giudice una scelta assiologica" richiamando il loro "contenuto elastico ... giudizi di valore in sede applicativa". Ritenendo, su tali basi, che questa nozione, pur non potendo essere "fondata su basi rigorose, rimanga comunque utile quante volte il rinvio della norma a giudizi di valore risulti di prima evidenza". Sul punto v. anche Fabiani E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati...*, op. cit., pag. 3560.

<sup>503</sup> Vasto è il campo della loro applicazione, basti pensare ad esempio agli atti di concorrenza non conformi ai principi della correttezza professionale ecc.. Cfr. sul punto Baccarini S., *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica*, op. cit. pag. 81 e ss.

Altra nozione è quella di *clausole generali*<sup>504</sup> ossia norme o frammenti di norme prive di una propria autonoma fattispecie destinate a concretizzarsi nei programmi normativi di altre disposizioni, *norme di direttiva che “delegano al giudice la formazione della norma concreta di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale”*<sup>505</sup>.

Una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza dunque alcun modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta.

Da ciò discende che i concetti giuridici indeterminati<sup>506</sup> operano

---

<sup>504</sup> Sul punto v. De Cristofaro M., *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei “concetti giuridici indeterminati” e decisione immediata della causa nel merito*, in Foro It., n. 6/1999, Giuffrè, Milano, pag. 1913 e ss., secondo cui con tale locuzione si indicano le espressioni extragiuridiche adoperate dal legislatore, per determinare una fattispecie, facendo ricorso a parole e nozioni di senso e linguaggio comune, il cui significato, pertanto, può intendersi solo avendo riguardo alle convenzioni semantiche sussistenti all'interno di una data comunità in una certa epoca storica. Quali esempi di “clausole generali” si sogliono portare la buona fede, il buon costume, la causalità, la non scarsa importanza dell'inadempimento, la concorrenza sleale, lo stato di necessità, l'abuso del diritto. Sul punto v. anche Bove M., *Il sindacato della Corte di Cassazione...*, op. cit., pag. 22, che sulla scia di Henke E., *Die Tatfrage*, Berlino, 1966, pag. 70 e ss., afferma che l'applicazione delle disposizioni formulate mediante l'utilizzo di concetti giuridici indeterminati non coinvolge un mero processo di identificazione dei caratteri del caso singolo con gli elementi della fattispecie legale astratta, e richiede invece al giudice l'esercizio di un notevole grado di discrezionalità al fine di individuare nella specifica fattispecie concreta la riconduzione della nozione adoperata dalla norma. In ogni singola valutazione, oltre a risolvere il caso sottoposto al suo giudizio, il giudice partecipa così alla formazione del concetto e cioè alla sua progressiva definizione in rapporto al valore semantico del termine, prevalendo dunque, nella determinazione del contenuto delle “clausole generali, l'interpretazione semplificativa rispetto a quella definiente.

<sup>505</sup> Baccarini S., *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica ...*, op. cit. pag. 83 e ss.

<sup>506</sup> Per un approfondimento sul punto si veda anche Merusi F., *Variazioni su tecniche e processo*, in Dir.Proc.Amm., n. 4/2004, Giuffrè, Milano, pag. 973 e ss.; e ancora, Veneziano S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in [www.giustizia-](http://www.giustizia-)



nel diritto civile con riferimento ai poteri del giudice che ha discrezionalità (potere di valutazione) nelle materie di giudizio<sup>507</sup>; nel diritto amministrativo invece, sono le autorità amministrative che hanno discrezionalità nell'applicare le regole tecniche in base alle quali si forma il giudizio<sup>508</sup>.

Quello che viene in evidenza è l'uso della discrezionalità anche intesa come potere da parte del giudice e della stessa p.A. nell'ambito delle proprie competenze.

Ma cosa si intende per potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e quali sono i limiti al suo esercizio soprattutto quando oggetto di siffatto potere sono valutazioni tecniche spesso complesse (si pensi ad esempio alle valutazioni tecniche

---

[amministrativa.it](http://amministrativa.it) (sito istituzionale)

<sup>507</sup> Baccarini S., *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica* ..., op. cit., pag. 82 e ss.; sul punto v. anche F. Cintioli, *Tecniche e processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., n. 4/2004, Giuffrè, Milano, 2004, secondo il quale l'utilizzo da parte del legislatore di concetti indeterminati, elastici, generali, non è vicenda che appartenga in esclusiva al diritto amministrativo; ma in esso acquista un connotato particolare. Ciò perchè il concetto giuridico indeterminato deve essere, in prima battuta, interpretato e applicato dall'autorità amministrativa titolare del potere pubblico e solo in seconda battuta, in occasione del sindacato compiuto sull'atto con cui il potere è stato esercitato, viene all'attenzione del giudice. Sicché mentre il giudice civile, di solito, attua la clausola generale (si pensi per tutte alla buona fede o correttezza) direttamente nel rapporto controverso, traendone la regola del caso, il giudice amministrativo, di solito, si confronta con una forma già concreta di esemplificazione del concetto indeterminato, la quale ovviamente coincide con il provvedimento. Nel diritto amministrativo spetta anzitutto all'amministrazione di interpretare e applicare tale concetto.

<sup>508</sup> "Di un potere della Amministrazione può utilmente parlarsi solo con riferimento ai casi in cui quest'ultima disponga di un certo margine di discrezionalità cioè tale da consentire l'affermazione di una volontà non compiutamente espressa nella norma. Nelle determinazioni di natura discrezionale si manifesta il potere proprio della Amministrazione stessa: un potere avente carattere esclusivo anche se non originario perchè fondato necessariamente su una norma attributiva e in quella attribuzione si coglie la sostanza della funzione considerata" Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'Amministrazione pubblica*, in Diritto processuale amministrativo, n. 4/1983, Giuffrè, Milano, 1983, pag. 371 e ss

delle Autorità indipendenti quali l'AGCM)?

Quando è attribuito un potere alla Pubblica Amministrazione, l'ordinamento sceglie di rimettere ad essa la successiva autonoma scelta circa la produzione di vicende giuridiche in ordine a situazioni soggettive dei privati<sup>509</sup>.

L'Amministrazione deve in concreto agire per perseguire l'interesse che costituisce la ragione dell'attribuzione del potere (selezione del migliore candidato nel caso di concorso pubblico, pubblica utilità nel caso di espropriazione ecc...) .

Essa, nell'esercizio del potere, può incontrare nell'ordinamento limiti di ordine negativo in cui si imbatte anche qualsiasi attività privata e limiti di ordine positivo; questi ultimi possono essere fissati in modo preciso e puntuale e in tal caso l'Amministrazione è tenuta ad uniformarsi a regole rigide ed inderogabili imposte alla sua azione (si parla di **attività vincolata** della Pubblica Amministrazione), oppure sono più elastici nel senso che l'Amministrazione pur essendo sempre tenuta ad ispirarsi all'interesse generale dell'ente amministrativo, dispone di una certa possibilità di scelta.

In tal seconda ipotesi si parla di **discrezionalità amministrativa** che appunto lascia all'Amministrazione la possibilità di valutare gli interessi in riferimento ai quali dovrà esercitarla: essa tuttavia non potrà poi prescindere dalle risultanze di tale valutazione (si tratta quindi di una azione discrezionale non vincolata ma comunque non totalmente libera<sup>510</sup>).

---

<sup>509</sup> Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato ...*, op.cit., pag. 373

<sup>510</sup> Sandulli A., *Manuale di diritto amministrativo - XV Edizione*, Jovene, Napoli,

La discrezionalità amministrativa è quindi quello spazio di scelta che residua quando la normativa di azione non predetermina in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione<sup>511</sup>.

L'essenza di questa discrezionalità c.d. **pura** risiede nella ponderazione dell'interesse primario con interessi secondari coinvolti e della misura del sacrificio ad essi arrecato, al fine di assumere la determinazione completa. Essa dunque attiene alla valutazione dell'interesse primario *rectius* interesse pubblico quindi al **merito amministrativo** normalmente sottratto al sindacato del giudice amministrativo ed attribuito alla scelta esclusiva dell'amministrazione<sup>512</sup>.

La discrezionalità amministrativa<sup>513</sup> è infatti una scelta, guidata dalla ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi rilevanti nella vicenda (si pensi ad es. ad un edificio pericolante ma di rilevante pregio artistico-monumentale collocato in una strada cittadina di grande traffico: l'autorità dovrà in tale caso ponderare l'interesse primario - la salvaguardia cioè della incolumità personale - con gli altri interessi pubblici secondari - fluidità del traffico. conservazione del bene culturale ecc).

Dalla discrezionalità amministrativa che importa sempre una valutazione di interessi e un potere di scelta in ordine all'agire va

---

1989, pag. 591 e ss.

<sup>511</sup> Casetta E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 336 e ss.

<sup>512</sup> Casetta E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit. pag. 337 e ss.; Cerulli Irelli V., *La discrezionalità nell'esercizio del potere*, in *Lineamenti del diritto amministrativo*, II edizione, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 276 e ss

<sup>513</sup> Villata R., *L'atto amministrativo-Attività, atti e provvedimenti amministrativi in Diritto Amministrativo I - Parte generale* (a cura di Mazzaroli L., Pericu G., Romano A., Roversi Monaco F.A., Scoca F.G.), Monduzzi, Bologna, 2005, pag. 770 e ss

tenuta distinta la discrezionalità **tecnica**<sup>514</sup> (c.d. potere di valutazione tecnica) che non implica valutazione e ponderazione di interessi né la possibilità di scelta in ordine all'agire ma ha ad oggetto quelle valutazioni di fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento alla stregua delle attuali conoscenze scientifiche e tecniche. Quest'ultima sembra ormai sempre più rientrare nel sindacato del giudice, essendo tra l'altro svincolata dalla considerazione di interessi secondari dei singoli soggetti coinvolti nella vicenda<sup>515</sup> richiesta invece alla p.A..

---

<sup>514</sup> Secondo Cintioli F., *Tecniche e processo amministrativo*, op. cit., pag. 987 e ss., nella discrezionalità tecnica si intende per tecnico un giudizio di qualificazione che appartiene a discipline non giuridiche (perché i criteri dell'interpretazione giuridica non gli forniscono un significato autosufficiente) che tuttavia non è comprovabile in maniera assoluta. La discrezionalità tecnica partecipa della relatività delle conoscenze che è propria delle scienze umanistiche e coinvolge, regole desunte da scienze non esatte. Due caratteri dunque la connotano: l'essere basata su regole non giuridiche ... su regole non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, su regole opinabili ... La discrezionalità tecnica va distinta dalla discrezionalità amministrativa pura. Nella prima il legislatore svolge un ruolo consapevolmente ambiguo e incompleto, perché egli affida al modo in cui sarà attuato il concetto indeterminato la realizzazione dei "giusti" valori. Nella seconda invece il legislatore enuncia il fine pubblico che l'amministrazione è chiamata a perseguire ed è essa così a dover esercitare i suoi poteri in maniera coerente con le indicazioni provenienti dalla legge, nel presupposto che l'interesse pubblico sia ormai compiutamente definito e che spetti all'amministrazione solo di ponderarlo con gli altri interessi, pubblici o privati, in gioco. Nella discrezionalità tecnica l'amministrazione è perciò chiamata ad una valutazione sì tecnica, nel senso detto, ma complessa laddove la complessità descrive, appunto, il carattere indeterminato del concetto e la sua opinabilità; sul punto v. anche Veneziano S., *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici* ..., op. cit., pag. 2 e ss..

<sup>515</sup> Coloro che per primi approfondirono il tema delle valutazioni tecniche influenzati dalla esperienza tedesca relativa alle norme imprecise e ai concetti indeterminati, ricondussero tali valutazioni nell'alveo della attività non discrezionale e individuarono una netta censura tra discrezionalità "pura" e c.d. discrezionalità tecnica. In tale contesto la discrezionalità tecnica differiva da quella pura per la presenza in ordine alla prima, di una norma regolatrice (per cui si trattava di attività tecnica non discrezionale volta ad applicare la norma al fatto attraverso la valutazione di ordine tecnico)... Si contrappongono due tesi antitetiche. L'una sostiene che la tecnica rappresenti "una struttura di potere reale" e che tale potere attribuito dalla legge alla amministrazione per l'esercizio di un apprezzamento tecnico, debba essere ad essa riservato; la valutazione tecnica, in

Molto spesso infatti tra i presupposti fissati dalla legge per l'esercizio del potere amministrativo vi sono fatti qualificati come complessi che non possono essere giudicati solo come esistenti o non esistenti (come potrebbe avvenire per i fatti c.d. semplici) e che quindi sono suscettibili di un accertamento che non può non lasciare spazio a determinate valutazioni di tipo tecnico (si pensi al presupposto del pericolo, a quello del pregio artistico di un bene, a quello della preparazione di un candidato: in questi casi l'amministrazione dovrà operare una valutazione che a differenza delle ipotesi di discrezionalità pura non viene effettuata alla luce di un interesse pubblico ma in base a parametri tecnici e non implica una manifestazione di volontà ma solo giudizi)<sup>516</sup>.

---

quanto esercizio di un potere riservato, risulterebbe insindacabile dal giudice. L'altra, identificando la tecnica come limite esterno del potere amministrativo, finalizzata a garantire l'oggettività del potere amministrativo, nega la sussistenza di un potere della amministrazione di applicare regole tecniche; ne deriverebbe la piena sindacabilità da parte della autorità giudiziaria. Sandulli A., *Le valutazioni tecniche e la c.d. discrezionalità tecnica*, in *Trattato di Diritto Amministrativo - Diritto Amministrativo generale, Tomo II*, a cura di Cassese S., Giuffrè, Milano, 2000, pag. 1010 e ss

<sup>516</sup> La discrezionalità tecnica si presenta secondo diversi schemi, in relazione all'esercizio di un potere pubblico. In primo luogo vi sono fattispecie totalmente condizionate dall' accertamento tecnico, a sua volta privo di margine di opinabilità. Si potrà dire, in questo caso, che la discrezionalità tecnica si sostanzia in un accertamento tecnico, dovendosi soltanto registrare la ricorrenza o meno di un risultato dato. Si tratta di casi in cui l'atto amministrativo è il semplice indefettibile risultato dell' accertamento tecnico, a sua volta privo di margine di apprezzamento. In tal caso la ripetizione del giudizio in sede giudiziale non pare poter incontrare limitazioni. Vi è poi una seconda ipotesi nella quale valutazioni tecniche entrano a comporre una data scelta discrezionale. .. In tale caso valutazioni tecniche entrano a comporre valutazioni libere della Amministrazione di tipo politico-amministrativo, ovvero vengono utilizzate ex post per verificarne la ragionevolezza e quindi giustificarle. E' chiaro che in queste ipotesi il sindacato giudiziale è ammesso in relazione ai limiti intrinseci di qualsiasi potere pubblico, anche legislativo e giudiziale, riferiti alla razionalità, imparzialità, logicità. La terza ipotesi è quella ..... in cui la norma di legge, nell'attribuire un dato potere all'amministrazione, inserisce nella fattispecie elementi di tipo opinabile assunti da una data scienza non giuridica. Qui si pone il problema della natura della discrezionalità tecnica e del suo controllo in sede giudiziale.... Non sussistono

La discrezionalità amministrativa è quindi valutazione e ponderazione di interessi e potere di scelta in ordine all'agire mentre la discrezionalità tecnica non comporta né una valutazione e ponderazione di interessi né la possibilità di scelta in ordine all'agire: all'amministrazione è semplicemente rimessa una valutazione dei fatti posti a presupposto dell'agire dalla legge alla stregua di conoscenze e perciò di regole tecniche<sup>517</sup>.

Non può parlarsi di discrezionalità tecnica quindi quando il presupposto del provvedimento da adottare non è una valutazione di fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento alla stregua delle attuali conoscenze scientifiche e tecniche ma è unicamente un accertamento tecnico ossia l'accertamento di un fatto verificabile in modo indubbio in base alle conoscenze e agli strumenti tecnici disponibili<sup>518</sup>.

Discrezionalità tecnica (con i suoi margini di scelta anche se di tipo tecnico-scientifico) e discrezionalità amministrativa si

---

ragioni per escludere il sindacato ove ci si trovi dinanzi ad un accertamento tecnico che sia condizione dell'esercizio di una attività vincolata dell'amministrazione. Non si comprende infatti, per quale ragione, ove un accertamento tecnico venga assunto dall'ordinamento come condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio di una attività pubblicistica, questo non possa essere ripetuto, senza con ciò entrare in una valutazione riservata alla amministrazione. Anche ove l'accertamento si riferisca a circostanze tecnicamente opinabili, nulla vieta la ripetizione del giudizio da parte della autorità giudiziaria quanto alla correttezza del procedimento di accertamento seguito. Perfetti L., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Il foro amministrativo*, n. 2/2000, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 437 e ss.

<sup>517</sup> Il ricorso a cognizioni tecniche può essere necessario quando bisogna accertare l'inesistenza del presupposto di fatto posto a base della decisione o l'incongruenza tra il motivo dedotto e il fine da conseguire (siamo nel campo dell'esame della legittimità) oppure quando l'esame delle norme tecniche si effettua per apprezzare l'effettiva idoneità o meno a soddisfare l'interesse affidato alla cura del potere discrezionale (si parla in tal caso di esame di merito) Baccarini S., *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica* ..., op.cit., pag 89.

<sup>518</sup> Sandulli A., *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit. pag. 592 e ss

trovano dunque su due piani assolutamente diversi: la prima attiene alla constatazione della effettiva presenza della fattispecie prevista dal legislatore perché l'autorità possa legittimamente adottare certi provvedimenti in ordine alla soddisfazione dell'interesse pubblico affidato alle sue cure( e cioè attiene al giudizio preliminare); la seconda attiene alla scelta del miglior modo di realizzare l'interesse pubblico nella situazione di fatto valutata alla stregua dei criteri tecnici (e cioè attiene alla scelta del provvedimento)<sup>519</sup>.

Quando si parla di discrezionalità ci si pone inevitabilmente il problema dei suoi limiti intrinseci ed estrinseci e sulla possibilità del giudice di sindacarla.

Al riguardo risulta essenziale la distinzione tra giudizio di legittimità e giudizio di merito in quanto la problematica del controllo della discrezionalità da parte del giudice amministrativo riguarda il giudizio generale di legittimità.

Infatti per definizione il giudizio di merito può sindacare appunto il merito della azione amministrativa ed esprimere un giudizio sulla sua opportunità, può entrare cioè senza limiti nel cuore della discrezionalità<sup>520</sup>.

Parte della dottrina<sup>521</sup> ritiene che la distinzione tra legittimità e merito consisterebbe nel fatto che nell'ambito del giudizio di legittimità il giudice può sindacare solo la conformità degli atti

---

<sup>519</sup> Sandulli A., *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit. pag. 594 e ss.

<sup>520</sup> Zuballi U., *Il controllo della discrezionalità* in *Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Università degli studi di Brescia* a cura di Parisio Vera, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 147 e ss.

<sup>521</sup> Zuballi U., *Il controllo della discrezionalità*, op.cit. pag. 155 e ss.

al modello normativo che disciplina l'esercizio del potere amministrativo mentre nel giudizio di merito sarebbe sindacabile anche il concreto esercizio del potere cioè l'opportunità degli atti. Si è osservato da più parti tuttavia che quando una norma condiziona l'esercizio del potere riguardo a situazioni che per essere in concreto verificate richiedono necessariamente il ricorso a regole tecniche, precludere al giudice tale esame significherebbe amputare il sindacato di legittimità della sua parte concretamente più importante.

Tale opinione non può non essere condivisa, a mio avviso. L'opinabilità di un giudizio strettamente tecnico ha suscitato sicuramente problemi che in parte non sono stati risolti anche se affrontarli in una giusta prospettiva ha dato dei risultati positivi (pensiamo ad esempio alle norme contenute nel recente C.d.P.A. n. 104/2010, artt. 66 e 67)<sup>522</sup>.

---

<sup>522</sup> D.Lgs. 2-7-2010 n. 104: Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (pubblicato nella Gazz. Uff. 7 luglio 2010, n. 156, S.O.), Art. 66 - *Verificazione*: 1. Il collegio, quando dispone la verificazione, con ordinanza individua l'organismo che deve provvedervi, formula i quesiti e fissa un termine per il suo compimento e per il deposito della relazione conclusiva. Il capo dell'organismo verificatore, o il suo delegato se il giudice ha autorizzato la delega, è responsabile del compimento di tutte le operazioni. 2. L'ordinanza è comunicata dalla segreteria all'organismo verificatore. 3. Con l'ordinanza di cui al comma 1 il collegio può disporre che venga corrisposto all'organismo verificatore, o al suo delegato, un anticipo sul compenso. 4. Terminata la verificazione, su istanza dell'organismo o del suo delegato, il presidente liquida con decreto il compenso complessivamente spettante al verificatore, ponendolo provvisoriamente a carico di una delle parti. Si applicano le tariffe stabilite dalle disposizioni in materia di spese di giustizia, ovvero, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore. Con la sentenza che definisce il giudizio il Collegio regola definitivamente il relativo onere.

Art. 67 - *Consulenza tecnica d'ufficio*: 1. Con l'ordinanza con cui dispone la consulenza tecnica d'ufficio, il collegio nomina il consulente, formula i quesiti e fissa il termine entro cui il consulente incaricato deve comparire dinanzi al magistrato a tal fine delegato per assumere l'incarico e prestare giuramento ai



Gli apprezzamenti di carattere tecnico possono se non dissolversi nel merito quantomeno rientrarvi<sup>523</sup>.

In altri termini, il giudizio di legittimità investe la compatibilità in assoluto della soluzione scelta discrezionalmente dalla Amministrazione con le premesse di fatto e di diritto con cui era stata adottata; mentre al contrario il giudizio di merito tocca l'opportunità di una soluzione rispetto ad altre possibili, pure legittime.

La distinzione tra sindacato di legittimità e di merito amministrativo in definitiva, è la stessa distinzione tra

---

*sensi del comma 4. L'ordinanza è comunicata al consulente tecnico a cura della segreteria. 2. Le eventuali istanze di astensione e riconsulenza del consulente sono proposte, a pena di decadenza, entro il termine di cui al comma 1. 3. Il collegio, con la stessa ordinanza di cui al comma 1, assegna termini successivi, prorogabili ai sensi dell'articolo 154 del codice di procedura civile, per: a) la corresponsione al consulente tecnico di un anticipo sul suo compenso; b) l'eventuale nomina, con dichiarazione ricevuta dal segretario, di consulenti tecnici delle parti, i quali, oltre a poter assistere alle operazioni del consulente del giudice e a interloquire con questo, possono partecipare all'udienza e alla camera di consiglio ogni volta che è presente il consulente del giudice per chiarire e svolgere, con l'autorizzazione del presidente, le loro osservazioni sui risultati delle indagini tecniche; c) la trasmissione, ad opera del consulente tecnico d'ufficio, di uno schema della propria relazione alle parti ovvero, se nominati, ai loro consulenti tecnici; d) la trasmissione al consulente tecnico d'ufficio delle eventuali osservazioni e conclusioni dei consulenti tecnici di parte; e) il deposito in segreteria della relazione finale, in cui il consulente tecnico d'ufficio dà altresì conto delle osservazioni e delle conclusioni dei consulenti di parte e prende specificamente posizione su di esse. 4. Il giuramento del consulente è reso davanti al magistrato a tal fine delegato, secondo le modalità stabilite dall'articolo 193 del codice di procedura civile. 5. Il compenso complessivamente spettante al consulente d'ufficio è liquidato, al termine delle operazioni, ai sensi dell'articolo 66, comma 4, primo e terzo periodo.*

<sup>523</sup> Rispetto al sindacato giudiziario appare ancora decisiva la fondamentale distinzione tra questioni di diritto e questioni di opportunità. Orbene, le questioni tecniche devono necessariamente ricondursi alle prime in quanto riguardano l'interpretazione stessa della norma giuridica o l'accertamento dei fatti e/o l'individuazione delle risposte che secondo il senso della stessa norma devono considerarsi necessarie. Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op. cit., pag. 431 e ss.

"giudicare" e "amministrare"<sup>524</sup>; non è possibile tracciarla in base alla necessità o meno di fare riferimento a regole tecniche ma in base al fatto che la norma attribuisca o meno rilevanza a tali regole tecniche per l'esercizio del potere.

Quando la tecnica è comunque incorporata nel diritto tanto l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti, inevitabilmente comportano un vizio di legittimità dell'atto; questa affermazione vale non solo per i giudizi di certezza ma anche per le valutazioni o i meri apprezzamenti che sono spesso strumento necessario ed insostituibile del decisivo accertamento giudiziale<sup>525</sup>.

Il fatto poi che tali apprezzamenti devono essere seguiti o preceduti da ponderazioni di interessi non può escludere la possibilità di una loro verifica in sede giudiziaria: tale verifica infatti lascia del tutto impregiudicata la scelta propriamente discrezionale in quanto ha per oggetto solo le premesse o le conseguenze necessarie della stessa scelta.

Se è vero che gli apprezzamenti tecnici, almeno in certo grado, sono opinabili, ciò non giustifica una riserva sulla ammissibilità del loro sindacato giudiziario ma anzi rende necessaria una determinazione dei suoi limiti.

Nell'esercizio di un potere sostanziale della amministrazione infatti rifluiscono spesso i risultati di valutazioni tecniche che

---

<sup>524</sup> Travi A., *Sindacato giurisdizionale e valutazioni tecniche complesse e Autorità amministrative indipendenti: la necessità di un sindacato sulla corrispondenza della valutazione amministrativa alla norma*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 3/2006, Ipsoa, Milano, 2006, pag. 312 e ss.

<sup>525</sup> Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op. cit., pag. 371 e ss.

però non si possono rappresentare come giudizi di certezza.

Che cosa può fare il giudice di fronte al margine di incertezza che in questi casi non può essere colmato integralmente?

Secondo autorevole dottrina<sup>526</sup> egli dovrà sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche per vagliare la loro correttezza e può annullare o disapplicare l'atto quando il giudizio della amministrazione risulti inattendibile o scarsamente verosimile per l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo<sup>527</sup>.

Qualora invece il medesimo giudizio risulti corretto e quindi attendibile, ancorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento che sarebbe opinabile pur esso.

Il compito del giudice deve essere quindi contenuto entro i comuni limiti del sindacato sull'attività e sull'atto<sup>528</sup>: quando il risultato della verifica sia positivo in quanto il giudizio tecnico dell'amministrazione appare corretto pur se opinabile, il sindacato di legittimità deve considerarsi esaurito anch'esso positivamente e non avrebbe alcuna ragion d'essere una

---

<sup>526</sup> Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op. cit., pag. 440 e ss.

<sup>527</sup> Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op. cit., pag. 430 e ss.. Cfr. anche Ledda F., *Determinazioni discrezionali e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Mucchi, Modena, 1986.

<sup>528</sup> Sul punto si veda Merusi F., *Variazioni su tecniche e processo*, op. cit., pag. 981, secondo cui il giudice amministrativo non deve diventare un amministratore di secondo grado, non deve sostituire la propria valutazione alla decisione della pubblica amministrazione, ma deve solo valutarne la legittimità che, nel caso di concetti giuridici indeterminati che rinviano a nozioni tecnico-scientifiche, si traduce nella "ragionevolezza" della soluzione presa in esame che, in molti casi, attesa l'inesattezza delle scienze e delle tecniche può anche non essere l'unico possibile.

sostituzione del medesimo giudizio<sup>529</sup>.

Pertanto la indiretta determinazione giudiziale, in sede di legittimità, del criterio giuridico che dovrà adottarsi in luogo di quello censurato, lascia del tutto impregiudicata la volontà concreta nella quale si manifesta il potere riservato alla Amministrazione<sup>530</sup>.

Non si può però pretendere che il sindacato del giudice si esaurisca in un semplice controllo formale per così dire esterno sull'iter logico seguito dalla autorità amministrativa rispetto alle operazioni tecniche compiute dalla stessa autorità senza poter giungere in qualche modo alla verifica diretta della stessa

---

<sup>529</sup> Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op.cit., pag. 434 e ss.

<sup>530</sup> cfr. C.d.S., VI, 1 Giugno 2012, n. 3283, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), secondo il quale il sindacato giurisdizionale sugli atti normativi secondari, per mezzo dei quali l'Amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, abbia fornito utili criteri di interpretazione e di delimitazione del significato di concetti giuridici indeterminati di valenza tecnica utilizzati dalla normativa principale, nel rispetto della disciplina che presiede alla loro possibile impugnazione e disapplicazione, è consentito soltanto nel caso in cui le scelte effettuate si pongano in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica. Non è pertanto sufficiente che la determinazione assunta sia sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, poiché il Giudice Amministrativo non può in attuazione del principio costituzionale della separazione dei poteri, sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'Amministrazione. Sul concetto di ragionevolezza cfr. Patti F., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), e ancora Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op.cit. pag. 438, secondo il quale quando il discorso ricade sulla tecnica, il richiamo all'idea di ragionevolezza non può dirsi arbitrario o peregrino se è vero che per alcuni pensatori la ragionevolezza è appunto "questione di relazioni tra mezzi e risultato" ed è ragionevole ricercare i mezzi che con ogni probabilità produrranno gli effetti ai quali si tende. ...Nell'idea della ragionevolezza, sta appunto la misura in cui il diritto può assicurare una sintesi tra la pretesa di giustizia storicamente irrealizzabile nella sua integrità e una fredda pretesa di razionalità assoluta che non potrà neanche in alcun modo, essere pienamente soddisfatta....La clausola di ragionevolezza riferita all'azione del pubblico potere, può essere rappresentata come una sorta di "chiusura" di tutte le proposizioni giuridiche indeterminate: da quelle volte a consentire una concreta ponderazione di interessi a quelle che devono essere integrate con il sussidio della tecnica, e a quelle che ci impegnano nella ricerca delle soluzioni più conformi al valore di giustizia.

operazione.

La regola del giudizio è sempre la stessa: tutti i fatti controversi devono essere verificati<sup>531</sup>.

A mio avviso riconoscere una riserva all'amministrazione non implica infatti che il giudice non possa conoscere della bontà di un criterio elaborato o applicato ma significa che il giudice, dopo aver verificato la bontà di tale criterio, non può sostituire ad esso un altro criterio che ritiene migliore: se tale criterio è sbagliato il giudice non potrà che trarne le debite conseguenze sul piano della legittimità dell'atto amministrativo dal momento che il potere tecnico non è attribuito all'amministrazione affinché lo eserciti in base a criteri tecnici scorretti, inappropriati, non condivisibili<sup>532</sup>.

Sappiamo che la distinzione tra legittimità e merito rileva in quanto i vizi di merito dell'azione amministrativa restano fuori del sindacato del giudice della legittimità salvi i casi in cui l'inosservanza del principio di buona amministrazione (e quindi delle regole tecniche e delle altre regole riconducibili alla buona amministrazione nonché dell'obbligo di fare uso adeguato del potere di ponderazione degli interessi in causa) trasmodi addirittura in eccesso di potere<sup>533</sup>.

Attengono al merito e non alla legittimità della azione amministrativa l'adozione di un provvedimento di abbattimento piuttosto che di edilizia nei confronti di un edificio pericolante, al

---

<sup>531</sup> Travi A., *Sindacato giurisdizionale e valutazioni* ....., op. cit., pag. 313

<sup>532</sup> Travi A., *Sindacato giurisdizionale e valutazioni* ....., op. cit., pag. 314

<sup>533</sup> Sandulli A., *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit., pag. 591 e ss.

di là dell'osservanza di tutte le regole giuridiche e non, da rispettare in ordine a tale scelta (discrezionalità amministrativa); il giudizio estetico relativo ad un'opera d'arte, la valutazione della preparazione dei candidati ecc..

Attengono invece alla legittimità della azione amministrativa, ossia alla conformità di questa alle regole di diritto, sia tutti gli accertamenti circa il concorso delle condizioni richieste dall'ordinamento perché l'Amministrazione possa, in modo legittimo, adottare i provvedimenti di cui si tratta, sia i meri accertamenti tecnici<sup>534</sup>.

Sarebbe un vizio di legittimità e non di merito ad esempio, quello che inficerebbe l'imposizione di una certa misura del tributo doganale per l'importazione di una partita di liquori sulla base di un erroneo accertamento circa la gradazione alcolica di quei liquori.

In dottrina<sup>535</sup> si ritiene che le valutazioni amministrative vanno tenute distinte da quelle tecniche (discrezionalità tecnica) anche se esse hanno un aspetto comune dato dall'esigenza che una scelta venga compiuta dall'amministrazione e dal fatto che spesso la soluzione prescelta è opinabile dal momento che le conoscenze specialistiche non sempre consentono di individuare quella migliore in modo oggettivo e discutibile.

Per le valutazioni tecniche quindi il problema del controllo del giudice non si pone nel suo rapporto con la discrezionalità

---

<sup>534</sup> Sandulli A., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pag. 593 e ss.

<sup>535</sup> Mattarella B.G. , voce *Discrezionalità amministrativa*, in Cassese S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano 2006, pag. 678 e ss.

amministrativa. L'accertamento del fatto e il suo apprezzamento non rientrano e non attengono al merito: l'opinabilità di un apprezzamento non va confusa con l'opportunità, una cosa è l'evenienza che un apprezzamento connesso ad una nozione elastica sia opinabile (ciò non esclude che si verta in tema di legittimità) altra cosa è l'opportunità ossia la comparazione degli interessi implicati dalla fattispecie (in tal caso la valutazione attiene al merito)<sup>536</sup>.

L'opinabilità dell'apprezzamento incide solo sulla tecnica di controllo giudiziario: il giudice non sostituisce direttamente il suo apprezzamento a quello opinabile della amministrazione ma si limita secondo la tecnica del controllo del giudizio di legittimità a controllare l'apprezzamento della amministrazione non però sotto il profilo estrinseco e formale del controllo dell'iter logico ma sotto quello interno della verifica diretta della attendibilità delle operazioni tecniche quanto a correttezza sia del criterio tecnico che del procedimento applicativo.

La giurisdizione di legittimità non può limitarsi ad individuare solo la norma applicabile al caso concreto ma deve accertare anche i fatti posti a presupposto della azione amministrativa e delle norme di diritto applicabili: il giudice amministrativo cioè invade la sfera del merito solo quando l'indagine svolta superi i limiti richiesti dal riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e risulti strumentale ad una concreta valutazione della

---

<sup>536</sup> Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op.cit. pag. 431 e ss.; Videtta C., *La tecnica davanti al Giudice amministrativo di legittimità in La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008, pag. 285 e ss.

opportunità dell'atto.

Quando il giudice amministrativo è investito del solo sindacato di legittimità dell'atto amministrativo ha comunque il potere di conoscere sempre le questioni di fatto tutte le volte in cui la risoluzione delle stesse è necessaria per verificare l'esistenza dei vizi dell'atto impugnato.

Si deve aderire a quella parte della dottrina<sup>537</sup> che ritiene che la conoscenza dei fatti da parte del giudice è l'elemento essenziale di qualsiasi giudizio soprattutto del giudizio di legittimità: non è possibile applicare la legge senza che il giudice accerti in modo autonomo se esistono i presupposti di fatto per l'applicazione della legge.

Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici non deve consistere, come già detto, in un mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dalla autorità amministrativa ma in una verifica che attesti in maniera diretta la attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicati<sup>538</sup>.

Già nell'83 autorevole dottrina<sup>539</sup> escludeva sia che gli apprezzamenti tecnici fossero da ricondurre al "merito amministrativo" sia che la sindacabilità fosse limitata solo ai

---

<sup>537</sup> Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, op. cit., pag. 117 e ss.

<sup>538</sup> Secondo Cintioli F., *Tecniche e processo amministrativo*, op. cit., pag. 985, il giudice amministrativo si è da tempo impadronito del fatto e ne possiede piena conoscenza ... sapere oggi con certezza che il giudice amministrativo può conoscere ogni circostanza di fatto sottesa al provvedimento formale e che può anche ripercorrere sino in fondo processi volitivi e conoscitivi basati su scienze tecniche non giuridiche implica una prima conclusione di massima.

<sup>539</sup> cfr. Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, op. cit., pag. 435



meri accertamenti. Detta dottrina riteneva erronea l'affermazione per la quale le specifiche competenze dell'Amministrazione erano idonee a giustificare l'esclusione del sindacato giudiziario sulla scelta della soluzione tecnica più adeguata.

Le acquisizioni della dottrina hanno trovato nel tempo riscontro nella giurisprudenza amministrativa attraverso la storica sentenza del Consiglio di Stato n. 601 del 1999<sup>540</sup> secondo la quale *la discrezionalità tecnica ricorre quando l'amministrazione per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dalla autorità amministrativa bensì alla verifica diretta della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.*

Non può sfuggire la straordinaria novità dell'affermazione contenuta nella sentenza in esame circa la pienezza del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche operate dalla amministrazione.

La sentenza in esame infatti distingue per la prima volta con molta nettezza il merito amministrativo, valutazione dell'interesse pubblico concreto, dalla discrezionalità tecnica, ricorrente laddove l'amministrazione procedente per provvedere su un determinato oggetto deve applicare una norma tecnica cui una

---

<sup>540</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601; sul punto Cintioli F., *Tecniche e processo amministrativo*, op. cit., pag. 994 e ss.

norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta<sup>541</sup>.

Superata la concezione che colloca la discrezionalità tecnica entro i confini del merito amministrativo, implicitamente si smentisce l'idea che la stessa sia collegata alle valutazioni discrezionali attinenti all'interesse pubblico e che quindi ci sia un'assenza di spazi di apprezzamento<sup>542</sup>.

La valutazione tecnica è altra cosa dal merito e richiede apprezzamenti opinabili e spetta al giudice amministrativo il sindacato sulla stessa nella misura in cui si volga ad accertare i presupposti di fatto del provvedimento impugnato<sup>543</sup>.

Se, quindi, il merito è coperto dalla riserva di amministrazione, per nulla inibita è la riserva giudiziale dell'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento.

La sentenza n. 601/99 esclude dall'area del merito le valutazioni tecniche riconducendole alla determinazione del fatto.

La determinazione del fatto si identifica con il presupposto dell'azione amministrativa per cui non può essere sottratta alla revisione in sede giudiziale, pena la violazione del principio di legalità<sup>544</sup>.

Ciò che è precluso al giudice amministrativo in sede di giudizio

---

<sup>541</sup> Perfetti L., *Ancora sul sindacato giudiziale*, op. cit., pag.424 e ss.

<sup>542</sup> Perfetti L., *Ancora sul sindacato giudiziale*, op. cit., pag. 426 e ss.

<sup>543</sup> L'ampliarsi dei margini del sindacato giudiziale si inserisce nella profonda evoluzione del processo amministrativo in corso ...Il rendersi sempre più coscienti del valore dei principi costituzionali, ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza articolassero i loro giudizi a muovere dal superamento della idea che la sussistenza dell'interesse pubblico possa garantire profili di speciale trattamento dell'amministrazione come parte e riduca il potere di cognizione e decisione del giudice o che gli stessi limiti potessero derivare dalla presenza di una posizione soggettiva.. come l'interesse legittimo. Perfetti L., *Ancora sul sindacato giudiziale*, op. cit., 435 e ss.

<sup>544</sup> Perfetti L., *Ancora sul sindacato giudiziale*, op. cit. pag. 424 e ss.

di legittimità, quindi, è la sola diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato: dunque il merito amministrativo<sup>545</sup>.

Si ha sconfinamento nella sfera del merito quando l'indagine svolta non rimane nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato ma risulta strumentale alla concreta e diretta valutazione della opportunità e convenienza del provvedimento amministrativo o quando la decisione finale esprime una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella della amministrazione<sup>546</sup>.

Ciò significa che il potere di accertare i presupposti di fatto del provvedimento amministrativo attiene ai requisiti di legittimità ed è ragionevole la sindacabilità giurisdizionale degli stessi.

La discrezionalità c.d. tecnica e quella amministrativa (in senso stretto), come già evidenziato, si differenziano in quanto la prima attiene ad un potere esercitato in conformità ad una scelta tecnica (è ritenuta tale secondo l'uso corrente qualsiasi giudizio espresso sulla base di una scienza specialistica ad eccezione di quelle giuridiche e dell'amministrazione) mentre la seconda attiene ad una potestà esercitata in conformità ad una scelta di pura opportunità (formulata esclusivamente sulla base di canoni della scienza della amministrazione); per quanto riguarda i poteri del giudice amministrativo com'è noto questi non può sindacare il merito della scelta di pura opportunità ma ben può sindacare il

---

<sup>545</sup> Del Signore M., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* in Dir.proc.amm. - Rivista Trimestrale, n. 1/2000, Giuffrè, Milano, 187

<sup>546</sup> Del Signore M., *Il sindacato del giudice amministrativo ...*, op. cit., pag. 188

profilo della logicità intrinseca e della formale congruenza della scelta rispetto al fine che in concreto l'amministrazione intende perseguire.

La discrezionalità tecnica non è quindi un limite ai poteri del giudice in quanto è proprio l'utilizzo di criteri specialistici che permette al giudice di individuare i presupposti di fatto necessari perchè la Pubblica Amministrazione possa legittimamente provvedere nella fattispecie concreta; la tecnica è dunque il fondamento logico della ammissibilità da parte del giudice di un sindacato sugli apprezzamenti logico-giuridici<sup>547</sup>.

L'agire della Amministrazione si divide in due fasi; la prima consiste nel valutare la sussistenza dei presupposti di fatto e come tale è pienamente sindacabile dal giudice nell'ambito del giudizio di legittimità; l'altra, solo eventuale perché ricollegabile all'esercizio di un potere non vincolato, è la fase in cui l'Amministrazione opera la ponderazione degli interessi in gioco e compie una scelta (si parla di discrezionalità amministrativa)<sup>548</sup>.

La dottrina maggioritaria<sup>549</sup> ritiene che la riconduzione al fatto della discrezionalità tecnica appare soluzione ottimale per giustificare il sindacato sulla medesima nell'ambito del giudizio di legittimità perché se è vero che gli apprezzamenti tecnici sono opinabili ciò non giustifica alcuna riserva sulla ammissibilità del sindacato giudiziario: il giudizio di legittimità dunque potrà e dovrà valutare la correttezza della regola tecnica adottata senza

---

<sup>547</sup> Del Signore M., *Il sindacato del giudice amministrativo ...*, op.cit., pag. 191 e ss.

<sup>548</sup> Del Signore M., *Il sindacato del giudice amministrativo ...*, op.cit., pag. 194 e ss.

<sup>549</sup> Del Signore M., *Il sindacato del giudice amministrativo ...*, op.cit., pag. 199 e ss.

però esprimersi sulla opportunità della scelta.

Il giudice amministrativo è giudice dell'atto ma sempre in rapporto al fatto: solo la conoscenza del fatto, delle circostanze reali e delle situazioni soggettive su cui l'atto incide gli permette di giudicare della ragionevolezza di un atto o di un provvedimento o della condotta dell'Amministrazione. Al giudice amministrativo deve essere consentito di conoscere il fatto e di valutare la coerenza della condotta dell'Amministrazione rispetto ad esso<sup>550</sup>. Tanto più alla luce della giurisprudenza amministrativa<sup>551</sup> successiva all'entrata in

---

<sup>550</sup> Del Signore M., *Il sindacato del giudice amministrativo ..*, op.cit., pag. 207 e ss.

<sup>551</sup> Sul punto si veda C.d.S. Ad.Plen, n. 3 del 23.3.2011, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo cui il Codice del processo amministrativo, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b., n. 4, della legge 18 giugno 2009 n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionale riservata alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesame del potere amministrativo, a giudizio su rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata. Cfr. anche C.d.S., Ad.Plen. n. 15 del 29.7.2011; e ancora C.d.S., Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873 (tutte in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)) secondo il quale Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non solo con riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza del provvedimento e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica della attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla p.a. quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati; resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito di censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile... Il giudice amministrativo, nella ricerca di un punto di equilibrio da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete alla Autorità indipendente - può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità

vigore del Codice del Processo Amministrativo secondo la quale, a seguito dell'introduzione nel giudizio amministrativo di azioni (e di sentenze) dichiarative e di condanna, accanto a quelle costitutive (di annullamento) il giudizio amministrativo si è ormai trasformato in giudizio sul rapporto privato/pubblica Amministrazione<sup>552</sup>.

Sarebbe quindi un sindacato superficiale quello di un giudice al quale fosse preclusa la possibilità di valutare un potere in relazione alla situazione concreta che ne ha richiesto l'utilizzo, valendosi delle consulenze necessarie per una piena conoscenza di tale situazione di fatto.

Quindi, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici non deve svolgersi in base ad un (mero) controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dalla autorità amministrativa bensì ad una verifica diretta della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio

---

*applica al caso concreto la regola individuata.*

<sup>552</sup> Secondo Scoca F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in Dir.Proc.Amm. n. 2/2011, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 388 e ss., *il recente codice del processo amministrativo ha ulteriormente ampliato i mezzi di tutela degli interessi legittimi, sia sotto il profilo delle azioni proponibili dinanzi al giudice amministrativo, sia sotto il profilo del sistema probatorio ... in via generale può affermarsi che come la legge sul procedimento ha fortemente rafforzato le facoltà (connesse con l'interesse legittimo) spendibili sul piano sostanziale, così il codice del processo amministrativo ha profondamente rafforzato i mezzi della sua tutela processuale.* Sul punto v. anche Baccarini S., *"Scelte" delle azioni e valutazioni della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, in Dir.proc.amm. n. 4/2011, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 1260 e ss., secondo il quale *anche il codice del processo amministrativo ha fatto "la mossa del cavallo" nella disciplina delle azioni proponibili .... Il solo fatto che oggi siano posti al centro del codice i concetti di "azione" e di "domanda" e che il termine "ricorso" sia stato restituito a designare la forma di un atto di parte, sta a significare che il processo amministrativo è stato finalmente aggiornato alla cultura del processo...*

tecnico e strumento applicativo<sup>553</sup>.

Affermare quindi la piena sindacabilità della operazione tecnica da parte del giudice non significa sostituire la valutazione opinabile del giudice a quella della Amministrazione quanto piuttosto sanzionarne l'inattendibilità per insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo.

L'ampliarsi dei margini del sindacato giudiziale si inserisce nella profonda evoluzione del processo amministrativo: il rendersi sempre più coscienti del valore dei principi costituzionali ha fatto sì che dottrina e giurisprudenza articolassero i loro giudizi muovendo dal superamento dell'idea che la sussistenza di un interesse pubblico potesse giustificare profili di speciale trattamento dell'amministrazione come parte, riducendo il potere di cognizione e decisione del giudice<sup>554</sup>

Se ci si trova dinanzi ad un accertamento tecnico che l'ordinamento assume come condizione necessaria e sufficiente per l'esercizio di una attività pubblicistica nulla vieta la ripetizione del giudizio da parte dell'Autorità giudiziaria quanto alla correttezza del procedimento seguito.

Con il sindacato di legittimità il giudice tocca il contenuto della decisione economico-sociale e tale sindacato diventa una misura di giustizia, per così dire, distributiva dei rapporti intersoggettivi che non assorbe il sindacato di merito ma ne reinventa i caratteri

---

<sup>553</sup> Bisogna andare al di là della motivazione "forarla" tutte le volte in cui questa pur formalmente ineccepibile e quindi tale da rappresentare una azione corretta e legittima copre in realtà motivi effettivi che non sono affatto di questo tipo e quindi non idonei a sostenere il provvedimento. Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, op.cit., pag. 120 e ss.

<sup>554</sup> Perfetti L., *Ancora sul sindacato giudiziale*, op cit. p. 435 e ss.

in termini di valutazione delle reciproche posizioni della amministrazione e dei terzi<sup>555</sup>. Per applicare il diritto è necessario che il giudice conosca a pieno e non superficialmente il fatto in quanto il merito non è altro che la valutazione sintetica rappresentativa del giudizio o della decisione finale che a sua volta è la risultante di una serie di accertamenti e valutazioni in sintesi di questioni di fatto<sup>556</sup>. E' pertanto necessario scomporre la valutazione sintetica finale in più ristretti profili rispetto ai quali la questione sarà rapportata anche se inevitabilmente finirà

---

<sup>555</sup> Marzuoli C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche della Università degli studi di Brescia a cura di Vera Parisio, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 71 e ss.

<sup>556</sup> L'accertamento giudiziale necessario per l'affermazione o esclusione dell'illecito non costituisce in senso proprio un sindacato su atti giuridici dell'amministrazione ma si risolve nella verifica diretta dei fatti che vengono rappresentati come rilevanti ai fini del giudizio sull'evento di danno, sul processo causale e sulla colpa: esso può riguardare aspetti o elementi che l'amministrazione non ha considerato in alcun modo e che in rapporto allo stesso evento risultino significativi se non determinanti. Solo una realistica considerazione del fenomeno consente di stabilire le premesse di un giudizio tendente a riscontrare gli eventuali errori o i veri e propri abusi.

In particolare l'indagine giudiziaria non riguarda il modo di esercizio della discrezionalità di per se stesso insindacabile, essendo solo intesa a verificare l'osservanza del principio del *neminem laedere* (considerato quasi come un limite esterno alla potestà amministrativa). Si pensi ad esempio alle valutazioni tecniche in materia tributaria: valutazioni che condizionano l'applicazione del tributo o la determinazione concreta del quantum: gli accertamenti o apprezzamenti dell'amministrazione non vincolano in alcun modo il giudice cioè la commissione tributaria o il giudice ordinario. In questi casi, sarà decisivo l'apprezzamento tecnico del giudice che non si risolve in un sindacato sulle valutazioni compiute in sede amministrativa ma l'atto della Amministrazione verrà in considerazione solamente come fatto, come termine di riferimento o di raffronto: in altre parole l'apprezzamento del giudice non riguarda l'atto (di accertamento, di liquidazione ecc..) ma direttamente i fatti che per la norma tributaria acquistano rilievo.

Ancora, in materia di previdenza e assistenza specie per quanto attiene agli infortuni sul lavoro, alle malattie professionali, alle diverse cause di invalidità permanente. Le determinazioni dell'ente erogatore non hanno valore di provvedimenti e il giudice ne può prescindere del tutto quando debba accertare e apprezzare i fatti da cui deriva l'obbligo della prestazione o gli elementi ai quali deve essere commisurato l'importo stesso. Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato...*, op.cit., pag. 401 e ss.



per implicare degli apprezzamenti.

#### **4. La tecnicità dei poteri: la valutazione dei presupposti di fatto quale *trait d'union* tra sindacabilità della tecnica e controllo dei poteri**

La discrezionalità tecnica ricorre ogni qualvolta l'esame di fatti o situazioni rilevanti per l'amministrazione, necessita del ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico: sono i casi in cui all'Amministrazione sono richieste valutazioni che pur non implicando l'apprezzamento di interessi, sono tuttavia opinabili.

Con la discrezionalità tecnica non si opera un bilanciamento tra interesse primario e interesse o interessi secondari ma una valutazione di fatti mediante un giudizio da effettuarsi alla stregua di canoni scientifici e tecnici, il quale non racchiude il potere di scegliere quale sia la soluzione più opportuna per l'interesse da perseguire<sup>557</sup>.

La discrezionalità amministrativa invece, consta sia del momento del giudizio durante il quale si acquisiscono e si

---

<sup>557</sup> Sul punto Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in Dir. Proc. Amm., Giuffrè, Milano, 1983; Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in Il Foro Amministrativo C.d.S. n. 10/2011 - Vol X, Giuffrè, Milano, 2011, pag. 3281 e ss secondo il quale l'atto amministrativo è quindi espressione di discrezionalità tecnica quando l'Amministrazione effettua accertamenti di fatti e situazioni sulla base di criteri opinabili non certi.

esaminano i fatti sia del momento della scelta, ossia del momento di sintesi della soluzione più opportuna; quella tecnica si risolve in una mera analisi di fatti ma non nel vaglio di interessi e si fonda su un giudizio non su una scelta.

La giurisprudenza, in passato, si era per lo più uniformata alla impostazione secondo la quale la correttezza sostanziale delle valutazioni tecniche toccando il merito amministrativo sfuggiva al sindacato giurisdizionale e perciò limitava i propri poteri alla verifica documentale dell'iter logico seguito per l'adozione del provvedimento e circoscriveva il proprio controllo alla palese contraddittorietà motivazionale, alla palese irragionevolezza del giudizio e/o alla erroneità dei suoi presupposti fattuali<sup>558</sup>.

Tuttavia, la rilevanza delle discrezionalità tecnica quale categoria assimilabile alla discrezionalità amministrativa le cui valutazioni sono riconducibili al merito amministrativo, ha suscitato numerose perplessità nella dottrina prevalente secondo la quale

---

<sup>558</sup> Tradizionalmente la discrezionalità tecnica era considerata parte del merito amministrativo, insindacabile da parte dell'organo giudiziario se non nei casi di giurisdizione estesa al merito. In seguito estrapolata dall'area del merito amministrativo venne assimilata alla discrezionalità amministrativa; entro tale contesto il controllo giurisdizionale era comunque circoscritto all'ambito estrinseco della logicità e ragionevolezza delle decisioni amministrative sicché analogamente a quanto avviene per la discrezionalità amministrativa, il giudice era abilitato a rilevare esclusivamente vizi di legittimità sotto forma di eccesso di potere. D'altro canto, anche la mancanza di strumenti a disposizione del Giudice Amministrativo, che gli consentissero di sindacare le valutazioni tecniche, diversamente dal processo civile dove il giudice può sempre disporre la consulenza, faceva propendere per l'esclusione di un sindacato pieno. Prima degli interventi legislativi di cui al D.lg. n. 80 del 1998 e alla L. 205 del 2000, e soprattutto del codice del processo, i mezzi di prova nel processo amministrativo di legittimità erano la richiesta di chiarimenti alla pubblica amministrazione, la richiesta di esibizione di atti e documenti e la verifica con la quale, a differenza della consulenza tecnica, si esaminavano fatti specifici che evidenziavano solo esternamente il non corretto esercizio del potere ma non permettevano di effettuare una nuova valutazione di essi tali da consentire al giudice di sostituirsi all'Amministrazione. Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit. pag. 3219 e ss

tali forme di discrezionalità sono ben distinte<sup>559</sup>.

In particolare la riserva amministrativa afferisce a quella attività nella quale l'Amministrazione considera e valuta l'interesse pubblico attraverso la scelta finale che confluisce nel provvedimento amministrativo e non anche quella attività espressione della discrezionalità tecnica priva dell'apprezzamento del pubblico interesse.<sup>560</sup>

Si è ritenuto peraltro che i giudizi di valore sono insindacabili dal giudice mentre l'elaborazione dei concetti giuridici indeterminati operata dalla P.a. con competenze tecniche specialistiche potrebbe essere pienamente scrutinabile in sede giurisdizionale<sup>561</sup>.

In base a tale considerazione il giudice non potrebbe non avere un pieno potere di conoscenza dei presupposti di fatto che sono alla base dell'atto e non potrebbe non valutarne l'eventuale erroneità tecnica del giudizio essendo la discrezionalità tecnica un elemento riferibile ai requisiti di legittimità e come tali

---

<sup>559</sup> Giannini M.S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939, pag. 161 e ss

<sup>560</sup> Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit., pag. 3221 e ss secondo il quale mentre quindi la discrezionalità amministrativa consta sia del momento del giudizio nel quale si acquisiscono e si esaminano i fatti, sia del momento della volontà e scelta nel quale si opera un temperamento degli interessi in gioco e si determina la soluzione più opportuna, la discrezionalità tecnica è una mera analisi di fatti ma non di interessi. Quest'ultima si concretizza per il solo profilo del giudizio: nella discrezionalità tecnica non si opera quindi una comparazione tra interesse primario e interessi secondari bensì un giudizio effettuato alla stregua di canoni scientifici e tecnici non essendo contemplato alcun potere di scelta circa la soluzione più opportuna per l'interesse generale. La distinzione quindi è tra concetti giuridici indeterminati concretizzabili mediante l'attività tecnica dell'Amministrazione e giudizi di valore espressi dalla P.A. dopo aver bilanciato interessi primari e secondari.

<sup>561</sup> Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit., pag. 3223 e ss

adeguatamente valutati dal giudice<sup>562</sup>.

Il giudice amministrativo potrebbe in tali casi sostituirsi alla Pubblica Amministrazione con piena contezza del fatto; e quindi in tal caso sarebbe superata l'opinione secondo cui l'organo giudicante può controllare solo in via estrinseca la congruità dell'iter logico seguito dall'Amministrazione o l'assenza di errori grossolani<sup>563</sup>.

Secondo un recentissimo orientamento giurisprudenziale<sup>564</sup> è *fuor dubbio che le decisioni del giudice amministrativo siano sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione quando detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito riservata alla amministrazione, compie una concreta e diretta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto ad una giurisdizione di legittimità (dunque all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi)... E' però altrettanto indubbio ed evidente che, per esercitare la propria*

---

<sup>562</sup> Police A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, pag. 411; Si parla di opportunità quando la scelta è tra più opzioni per la cura del pubblico interesse; si parla di opinabilità quando si tratta di un giudizio tecnico concernente non l'interesse pubblico ma il fatto: è evidente quindi come la discrezionalità tecnica non attiene al merito della azione amministrativa vista la sua differenza strutturale rispetto alla vera e propria discrezionalità amministrativa. Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit., pag. 3224 e ss.

<sup>563</sup> Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit., pag. 3225 e ss

<sup>564</sup> Cass.civ. Sez. Lav., 08.03.2012, n. 3622, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

*giurisdizione di legittimità e quindi valutare gli eventuali sintomi dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, il giudice non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto. Neppure quando perciò si tratti di un atto a contenuto fortemente valutativo, cui certamente inerisce un ampio grado di discrezionalità anche tecnica, si può negare al giudice il potere-dovere di vagliarne la relativa motivazione .*

Secondo la Cassazione quindi, anche quando si è in presenza di un atto a contenuto fortemente valutativo e di carattere tecnico, non si può negare che il giudice, attraverso l'esame della motivazione, possa conoscere pienamente della questione ancorché attraverso il sindacato sulla motivazione.

E' vero che esiste, in siffatte situazioni, il rischio che il giudice travalichi i suoi limiti, sostituendo indebitamente la propria valutazione a quella della amministrazione; tuttavia per riscontrare un tale eccesso non basta il fatto che il giudice si sia soffermato a soppesare gli argomenti sui quali la motivazione dell'atto impugnato si articola perchè in tal caso non gli sarebbe possibile esprimere alcun giudizio sulla congruità e logicità di quella motivazione, con il risultato di rendere quel fatto insindacabile.

Occorre allora cogliere la linea di demarcazione talora sottile ma mai inesistente, tra l'operazione intellettuale che consiste nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto

amministrativo impugnato e quella che si sostanzia nello scegliere tra le diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili inerenti al merito amministrativo. Altro è l'illogicità della motivazione, altro è la non condivisione di essa.

Un conto per l'Amministrazione è stabilire quali criteri di valutazione intende privilegiare nel compiere una certa scelta, a quali elementi essa intende dare maggiore peso e a quali un peso minore o come ritiene di dover contemperare i primi con i secondi; altro conto è motivare la concreta applicazione di quei criteri nel caso concreto.

L'insindacabilità della valutazione discrezionale della amministrazione ad opera del giudice non esclude che sia invece sindacabile una motivazione che non consenta di comprendere i criteri ai quali quella valutazione si è ispirata o che manifesta l'illogicità o la contraddittorietà della loro applicazione nella fattispecie concreta.

Tale limitato sindacato si giustifica quindi solo con riferimento alla discrezionalità amministrativa mentre, in merito alle valutazioni tecniche, il giudice, anche a prescindere da errori macroscopici, può sottoporle al suo esame e, al limite sostituire la valutazione tecnica posta in essere dalla P.A.<sup>565</sup>.

Tuttavia tale possibilità riconosciuta al giudice non gli consente

---

<sup>565</sup> Vedi C.d.S., Sez. VI, 20 Febbraio 2008 n. 595, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); L'elaborazione pretoria degli ultimi anni ha definitivamente superato la terminologia sindacato forte sindacato debole. Il sindacato del G.A. è stato definito dal Consiglio di Stato forte pieno ed effettivo tendente ad un modello comune a livello comunitario in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere ma di verificare, senza limitazioni, se il potere a tal fine attribuito all'Amministrazione sia stato correttamente esercitato

di sostituire con una propria determinazione il provvedimento frutto di quell'apprezzamento ma di annullare il provvedimento<sup>566</sup>.

La nostra forma di Stato è fondata sulla tripartizione di poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. Tripartizione tuttavia non vuol dire completa separazione. L'ordinamento infatti prevede una serie di pesi e contrappesi che servono a riequilibrare il sistema come ad es. il controllo del Parlamento sul Governo per il tramite della fiducia. Entro tale contesto, la stessa magistratura rappresenta un contrappeso sia nei confronti del legislatore sia nei confronti dell'esecutivo e quindi della Amministrazione<sup>567</sup>.

Pertanto escludere un sindacato diretto del giudice sulla discrezionalità tecnica significherebbe conferire implicitamente una immunità alla Pubblica Amministrazione, il cui operato anche se illogico, irragionevole o contraddittorio sarebbe insindacabile da un organo terzo. Ciò finirebbe per contrastare con il nostro impianto costituzionale nonché con l'art. 1 della L. 241/1990 che finisce per "giuridicizzare" quello che prima era il merito, normalmente incensurabile<sup>568</sup>.

Tra le valutazioni che la pubblica amministrazione compie

---

<sup>566</sup> Cfr. Volpe F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in Dir. Amm. n. 4/2008, Giuffrè, Milano; Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit., pag. 3232 e ss

<sup>567</sup> Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit., pag. 3236; secondo Angeletti A., *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in Giur.It., n. 3/2012, Utet giuridica, Torino, 2012, non può essere accettata una tutela debole nei confronti dell'amministrazione ed una attività discrezionale i cui limiti non sono la salvaguardia del diritto del cittadino ma la tutela dell'autorità amministrativa temperata da quegli abusi che il giudice stesso ritiene contrari all'interesse pubblico.

<sup>568</sup> Fontana A., *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica*, op.cit., pag. 3238

nell'esercizio della attività amministrativa, quelle c.d. tecniche comportano l'applicazione di conoscenze e nozioni di carattere tecnico o scientifico.

Esse si differenziano per questo dalle valutazioni discrezionali vere e proprie le quali hanno ad oggetto l'apprezzamento dell'interesse pubblico<sup>569</sup>.

Il problema che si pone<sup>570</sup> è quindi quello di individuare l'ambito nel quale collocare le valutazioni tecniche ovvero tra le attività amministrative vincolate o tra quelle discrezionali; di conseguenza individuare il sindacato giurisdizionale su di esse. Il controllo del giudice infatti, è pieno e sostitutivo sulla attività vincolata, mentre è solo esterno e non sostitutivo (non può estendersi al merito della scelta amministrativa) quando si tratta di valutazioni discrezionali<sup>571</sup>.

Per lungo tempo la questione delle valutazioni tecniche<sup>572</sup>

---

<sup>569</sup> Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1939

<sup>570</sup> De Pretis D., *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, Estratto dal volume Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè, Milano, 2006, Vol. VI, pag. 6176 e ss

<sup>571</sup> De Pretis D., *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, op.cit., pag. 6178 e ss

<sup>572</sup> Presutti E., *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in Giur.it, Utet Giuridica, Torino, 1908, secondo il quale essa costituisce successivamente una costante della ricostruzione italiana valutativa non discrezionale della pubblica amministrazione; vedi anche Cammeo F., *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in Giur.it, Utet Giuridica, Torino, 1902, III, pag. 10 e ss.; Le valutazioni tecniche sono scelte che impongono l'applicazione di conoscenze di un determinato sapere specialistico, proprie cioè non della generalità dei consociati ma di un certo gruppo di persone che si considerano esperte di quel sapere. Per questo tipo di valutazioni il problema che si pone è se spetti all'autorità amministrativa il potere di decidere in ultima istanza, quale sia la soluzione scientifica preferibile fra quelle possibili cioè se spetti alla amministrazione di formulare il giudizio scientifico "definitivo" nel senso di giudizio non sindacabile in sede giurisdizionale; o se la sua scelta può essere pienamente sindacata dal giudice di legittimità con l'utilizzo, se del caso del



dell'amministrazione è rimasta assorbita nella più generale problematica della c.d. "discrezionalità tecnica". Si usa parlare di discrezionalità tecnica quando il rapporto fra legge e amministrazione si atteggia in modo tale che la legge non attribuisce all'amministrazione il potere di scegliere il comportamento da tenere in relazione alla valutazione degli interessi in gioco ma pur fissando la regola del caso concreto determina in maniera elastica i presupposti, in presenza dei quali è prescritto un certo comportamento.

Nel sistema italiano la tecnicità della valutazione oltre che elemento di (apparente) individuazione dell'ambito oggettivo del fenomeno, ha finito per diventare elemento decisivo di giustificazione del suo controverso trattamento giuridico sia per chi ha ritenuto che la valutazione tecnica fosse riservata all'amministrazione (in ragione del potere tecnico di cui sarebbe investita l'amministrazione che la compie) allo stesso modo in cui è riservata ad essa la discrezionalità amministrativa<sup>573</sup> sia per chi ha sostenuto invece la tesi della piena conoscibilità della valutazione tecnica da parte del giudice<sup>574</sup>.

Secondo parte della dottrina<sup>575</sup>, la "discrezionalità tecnica" sembra dipendere più che dal solo elemento tecnico della valutazione, dalla circostanza che rispetto ad una determinata

---

parere di un esperto, tenuto conto del quale il giudice stesso possa sostituire, ove lo ritenga opportuno, il giudizio della amministrazione con il proprio. D. De Pretis, *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, op.cit., pag. 6176

<sup>573</sup> Marzuoli C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano 1985

<sup>574</sup> Ledda F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1987, II, pag. 250 e ss

<sup>575</sup> De Pretis D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Cedam, Padova, 1995, pag 167 e ss

decisione sussiste un certo margine di scelta qualitativamente e quantitativamente variabile fra più soluzioni possibili sulla base di una valutazione necessariamente opinabile e soggettiva.

La soggettività del giudizio connesso alla valutazione, tuttavia, non vale di per sé soltanto a giustificare un particolare trattamento giuridico e la sottrazione da un controllo giurisdizionale pieno<sup>576</sup>.

La questione della incisività del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche si presenta tuttora aperta. L'idea della insindacabilità della discrezionalità tecnica e della afferenza al merito delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione ha continuato ad affiorare negli anni nelle sentenze dei giudici amministrativi e la stessa Corte di giustizia ha affermato che il diritto comunitario non impone ai sistemi nazionali rimedi giurisdizionali che consentano al giudice di sostituire con la sua, la valutazione a contenuto scientifico dell'autorità amministrativa competente<sup>577</sup>.

Tuttavia già sul finire del secolo scorso la giurisprudenza<sup>578</sup> ha imboccato la strada che nega la equiparazione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa e ha riconosciuto in principio la sindacabilità delle valutazioni tecniche.

Su tali sviluppi hanno pesato, oltre al ripensamento critico della nozione di discrezionalità tecnica e la tendenza a limitare gli

---

<sup>576</sup> De Pretis D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, op. cit. pag. 168

<sup>577</sup> De Pretis D., *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, op.cit. pag. 6180

<sup>578</sup> C.d.S., Sez. IV, 9 Aprile 1999 n. 601, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

spazi di insindacabilità dell'azione amministrativa ad essa legati, la riforma del processo amministrativo ad opera della L. 21 Luglio 2000, n. 205 e la previsione in esso della consulenza tecnica d'ufficio (art. 16) come strumento giudiziale di conoscenza e valutazione dei fatti rilevanti<sup>579</sup>.

La riforma non ha certo risolto il problema del regime del controllo giurisdizionale delle valutazioni tecniche ma di sicuro consente una più adeguata verifica del rispetto da parte della Amministrazione dei confini delle soluzioni "tecnicamente" ammissibili (ove si ritenga che spetti alla amministrazione, entro quei confini, un potere di scelta riservato fra le soluzioni che si presentino tali) ovvero addirittura consente al giudice di sostituire con la propria decisione, assunta se del caso con l'ausilio del tecnico, quella cui era pervenuta l'amministrazione (ove si ritenga che la scelta sia controllabile in via sostitutiva dal giudice stesso)<sup>580</sup>.

La discrezionalità è la facoltà di scelta che compete all'autorità amministrativa nell'esercizio della potestà amministrativa. Si tratta di una scelta non arbitraria ma governata da una serie di principi, frutto della elaborazione della giurisprudenza, prima, per poi essere tradotti nella legge sul procedimento amministrativo e in altre disposizioni dell'ordinamento interno e comunitario. L'osservanza di tali principi o la loro violazione è

---

<sup>579</sup> Cintioli F., *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 205/2000*, a cura di Caringella F. e Protto M., Giuffrè, Milano, 2001, pag. 913 e ss

<sup>580</sup> De Pretis D., *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, op.cit. pag. 6181

pienamente sindacabile dal giudice amministrativo entro i limiti di un sindacato giudiziario sull'eccesso di potere che è dai più considerato come "vizio della discrezionalità"<sup>581</sup>.

L'esistenza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo elemento specializzante della funzione amministrativa è ragionevole non anche però in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento attinente ai requisiti di legittimità e di cui è ragionevole invece la sindacabilità giurisdizionale.

Parte della dottrina<sup>582</sup> ritiene che solo la scelta che consegue alla valutazione tecnica è espressione di un potere discrezionale e per ciò stesso riservato. L'indagine tecnica in sé non necessariamente deve essere rimessa alla valutazione della sola amministrazione: la valutazione tecnica opera infatti come presupposto della decisione amministrativa<sup>583</sup>

In particolare, la valutazione tecnica è presupposto della scelta finale della Amministrazione sicché essa non è discrezionale e non è riservata alla sola amministrazione; il giudice quindi non può limitarsi a valutare debolmente la congruità della scelta operata con il presupposto accertato dall'amministrazione ma

---

<sup>581</sup> Per una ricostruzione sul tema cfr Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Giuffrè, Milano 2008; Si vedano inoltre le osservazioni di Stella Richter P., *I poteri del giudice amministrativo nella determinazione del danno da lesione di interesse legittimo*, in Giust.Civ., Giuffrè, Milano, 2003; Cavallaro M.C., *La rilevanza delle valutazioni tecniche nel procedimento di formazione del provvedimento amministrativo e i profili del sindacato giudiziario. Il caso delle ordinanze di necessità*, in Giustizia amministrativa-Rivista di Diritto pubblico n. 8/2012 ([www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)), pag. 4 e ss..

<sup>582</sup> Cavallaro M.C., *La rilevanza delle valutazioni tecniche...*, op. cit., pag. 5 e ss.

<sup>583</sup> Cfr. Volpe F., *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, op. cit., pag. 791 e ss.

deve spingersi ad indagare la sussistenza o meno di quel presupposto che fonda la decisione amministrativa. Sotto tale profilo l'accertamento tecnico opererebbe alla stregua dei c.d. concetti giuridici indeterminati e sui quali sarebbe ammissibile il sindacato<sup>584</sup>.

Il sindacato sulla scelta discrezionale è un sindacato di legittimità volto ad accertare che la scelta sia compiuta in conformità ai principi che regolano il potere per legge attribuito all'amministrazione: il giudice deve cioè esercitare il proprio sindacato per accertare la corretta formazione della volontà della amministrazione che si manifesta poi nella decisione finale: ovvero, la sussistenza di quei presupposti che giustificano il potere e ne funzionalizzano l'esercizio alla cura di un interesse pubblico. Anche a voler ammettere che il sindacato giudiziario si deve svolgere secondo i parametri della proporzionalità e della ragionevolezza cioè secondo il sindacato sull'eccesso di potere, il giudice mantiene comunque un notevole e penetrante controllo sulla decisione amministrativa<sup>585</sup>.

---

<sup>584</sup> Secondo un consolidato orientamento del Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 Febbraio 2008, n. 424, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), *il sindacato del giudice amministrativo sull'operato della Autorità Anti Trust è pieno e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo)dalla stessa compiuta, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame*. In dottrina si veda Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, in Dir. Amm. 2008, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 257.

<sup>585</sup> C.d.S., Sez. V, 23 Giugno 2011, n. 3807, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo il quale *il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.A. può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità Amministrativa; bensì alla verifica diretta di attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e al procedimento applicativo, potendo il giudice utilizzare per tale controllo sia il tradizionale strumento della verifica, che la consulenza*

Ammettere che il giudice possa indagare le valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione anche attraverso un controllo penetrante sulle stesse, per poi verificare se la scelta finale sia con esse coerente, significa rimanere nel quadro del nostro sistema costituzionale e processuale.

La dottrina almeno fino agli anni 60 si è concentrata quasi esclusivamente sui problemi legati all'individuazione dei limiti del sindacato del giudice amministrativo in relazione alla "discrezionalità tecnica" dell'Amministrazione<sup>586</sup>.

Prima della riforma del processo amministrativo (l. 205 del 21 luglio 2000), nonostante gli sforzi della dottrina, il giudice era rimasto, con qualche rarissima eccezione, "arroccato" per tutto il

---

*tecnica d'ufficio... ....il sindacato giurisdizionale può esplicarsi in un ambito di per sé molto limitato, non potendo giammai giungersi alla sostituzione della valutazione operata dalla amministrazione con quella del giudice (pena la violazione dello stesso fondamentale principio della separazione dei poteri), deve tuttavia rilevarsi che detto sindacato ben può compendiarsi nell'accertare se il potere della amministrazione non solo sia stato esercitato con l'utilizzazione delle regole tecniche conformi a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti, ma anche e soprattutto se le valutazioni operate siano attendibili.... Diversamente opinando si finirebbe per violare.. il principio fissato dall'art. 113 della Costituzione, sottraendo ingiustificatamente al sindacato giurisdizionale una notevolissima e relevantissima parte dell'attività provvedimentale della pubblica amministrazione ed in particolare quella che, proprio per essere caratterizzata da valutazioni tecnico-discrezionali, maggiormente può incidere sulle posizioni soggettive degli amministrati.... L'effettività della tutela è garantita solo attraverso un sindacato anche sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, che non sia meramente estrinseco, limitato ad una verifica dell'assenza di palese travisamento o di manifesta illogicità. In dottrina si veda F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo* in Dir. Amm. , 2004, Giuffrè, Milano, pag. 983 e ss. ; cfr. Cerulli Irelli V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in Dir.proc.amm. 1984, Giuffrè, Milano, secondo il quale quando la scelta discrezionale è preceduta da accertamenti tecnici, l'attività eminentemente tecnica (in quanto non discrezionale) è pienamente conoscibile in via di principio in sede di sindacato di legittimità; Cavallaro M.C., *La rilevanza delle valutazioni tecniche*, op.cit. pag. 4 e ss.*

<sup>586</sup> Videtta C., *L'amministrazione della tecnica. La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008, pag. 286 e ss.

secolo scorso, sulla idea della intangibilità delle valutazioni tecniche della amministrazione auto limitando le proprie capacità di controllo ai soli aspetti formali ed estrinseci del provvedimento amministrativo (correttezza della struttura logica, coerenza, eventuale sussistenza di errori c.d. eclatanti ossia rilevabili *ictu oculi* da chiunque) soprattutto per la limitatezza degli strumenti probatori ammessi del giudizio di legittimità<sup>587</sup>.

L'impossibilità per il giudice amministrativo di avvalersi di consulenti con competenze specifiche lo aveva relegato al ruolo di mero "controllore" della logicità del ragionamento e della decisione a prescindere dalla ricostruzione del quadro fattuale<sup>588</sup>.

Tuttavia la dottrina più sensibile ha sempre evidenziato come la previsione di un sistema istruttorio monco, che impediva una adeguata valutazione della situazione in fatto rilevante ai fini del decidere, era in realtà un sistema costituzionalmente illegittimo in quanto limitava a particolari forme di impugnazione, quelle per vizi esclusivamente formali, la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione<sup>589</sup>.

Alla fine degli anni 80 la Corte Costituzionale con la nota decisione n. 146 del 13 aprile 1987 dichiarò l'illegittimità costituzionale delle norme sul processo amministrativo nella parte in cui non consentivano l'esercizio di poteri istruttori di cui al rito civile del lavoro anche nell'ambito dei giudizi di pubblico impiego appartenenti alla giurisdizione (esclusiva) del giudice

---

<sup>587</sup> Videtta C., *L'amministrazione della tecnica* ....., op.cit. pag. 289 e ss.

<sup>588</sup> Videtta C., *L'amministrazione della tecnica* ....., op.cit. pag. 291 e ss.

<sup>589</sup> Videtta C., *L'amministrazione della tecnica*....., op.cit., pag. 292 e ss.; sul punto v. anche Cintioli F., *Tecniche e processo amministrativo*, op. cit., pag. 994 e ss.

amministrativo. In tal modo la Consulta interveniva a rimediare ad una delle più marcate disparità esistenti tra controversie in materia di pubblico impiego ed impiego privato.

Con decisione n. 251 del 1989 la Corte Costituzionale dichiarò l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 44 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 per contrasto con l'art. 24 Cost. per la parte in cui, nelle questioni relative a diritti rimessi al giudizio amministrativo, non consentiva l'utilizzo dei mezzi di prova previsti dal rito civile<sup>590</sup>.

Alla fine degli anni 90 poi, l'art. 35 d.lgs. 80/1998 ha esteso a tutte le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile" compresa la consulenza tecnica d'ufficio ad eccezione dell'interrogatorio formale del giuramento e con la legge n. 205/2000 la consulenza tecnica è stata estesa anche alla giurisdizione di legittimità.

E d'altra parte già nel 1999 il Consiglio di Stato<sup>591</sup>, come si è detto, aveva affermato la netta separazione tra discrezionalità tecnica (intesa quale situazione in cui l'amministrazione per provvedere su un determinato oggetto deve applicare una norma

---

<sup>590</sup> Secondo la Corte Costituzionale poiché nel processo amministrativo la tutela degli interessi legittimi avviene attraverso il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo, tale sindacato deve necessariamente muovere dall'esame del complesso degli elementi che l'amministrazione ha posto a fondamento delle proprie valutazioni. Videtta C., *L'amministrazione della tecnica....*, op. cit. pag. 294 e ss.

<sup>591</sup> "la questione di fatto che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo non si trasforma sol perché opinabile in una questione di opportunità anche se antecedente o successiva ad una scelta di merito". Dunque anche su tale aspetto della decisione amministrativa deve potersi appuntare il controllo giurisdizionale. C.d.S., IV, 9.4.1999, sentenza n. 601/99, op. cit.



tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta) e il merito amministrativo rifiutando nettamente la configurabilità di una “riserva di amministrazione” relativamente all’apprezzamento dei presupposti di fatto del provvedimento amministrativo, elemento questo attinente al requisito di legittimità<sup>592</sup>.

In tal modo la discrezionalità c.d. tecnica è stata sottratta al paravento del merito ed è stata consegnata nelle mani del giudice amministrativo.

*Precludendo al giudice la possibilità anche astratta di compiere gli anzidetti riscontri e la verifica diretta della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e a procedimento applicativo ...l’interesse legittimo di una parte processuale potrebbe scadere ad oggetto di una tutela meno intensa e meno rigorosa in violazione del canone di cui all’art. 113 comma 2 della Costituzione (CdS, sez IV n. 601/1999).*

Per la prima volta è sottoposta all’attenzione del giudice amministrativo la sindacabilità delle valutazioni tecniche dell’amministrazione sotto il profilo della loro attendibilità ossia ad un profilo specialistico che diviene oggetto diretto del suo controllo<sup>593</sup>.

Pare così dissolversi la pseudo categoria della discrezionalità

---

<sup>592</sup> Videtta C., *L’amministrazione della tecnica...*, op. cit., pag. 300 e ss.

<sup>593</sup> Liguori F., *Le valutazioni tecniche complesse dell’AGCM e il giudice amministrativo* in *La funzione amministrativa - Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009 pag. 59; cfr. Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale ...*, op. cit., pag. 117 e ss.

tecnica con il superamento dei limiti che il giudice si era auto imposto.

Questa acquisizione consente di non avvertire più come un limite l'incertezza del parametro conoscitivo utilizzato e la soluzione tecnico-scientifica adottata<sup>594</sup>.

Superata la confusione tra opinabilità e opportunità al giudice è riconosciuto il potere di verificare – anche se in termini pur sempre giuridici più che scientifici - non più solo che la decisione si presenti motivata e coerente ma anche che sia giustificata e convincente.

Con l'art. 16 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (oggi artt. 19 e 20 d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) che modifica l'art. 44, t.u. 1054/1924 viene ammessa la consulenza tecnica d'ufficio anche nell'ambito del giudizio amministrativo di legittimità.

Diviene così possibile anche per il giudice amministrativo fruire di conoscenze tecnico specialistiche (la verifica infatti era l'unico mezzo di cui il giudice poteva servirsi ma solo a condizione che la situazione da accertare non fosse soggetta a rilevanti modifiche nel tempo e che l'accertamento dei presupposti non presentasse significativi margini di opinabilità).

Il giudice può disporre attraverso la C.T.U. delle conoscenze tecnico-specialistiche che appaiono necessarie alla più completa conoscenza dei fatti<sup>595</sup>.

Gli viene quindi attribuito il potere di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso compresi quei processi

---

<sup>594</sup> Liguori F., *Le valutazioni tecniche complesse ...*, op cit. p. 60 e ss.

<sup>595</sup> Videtta C., *L'amministrazione della tecnica. ...*, op. cit., pag. 326

conoscitivi che coinvolgono apprezzamenti di natura tecnica seguiti dall'Amministrazione e di conseguenza (almeno in ipotesi) di sostituire la propria valutazione tecnica - opinabile - a quella dell'Amministrazione.

Il giudice può conoscere direttamente i vizi dell'atto e non solo attraverso i suoi sintomi ma attraverso quelle regole tecnico-specialistiche alle quali la norma fa riferimento.

La novella del duemila infrange quell'ultima barriera che consentiva al giudice amministrativo di esimersi dal controllo sulla discrezionalità tecnica della amministrazione, passando quindi da un controllo estrinseco fondato su mere conoscenze di dominio comune ad uno intrinseco svolto sulla base di conoscenze specialistiche che hanno determinato la valutazione oggetto di censura<sup>596</sup>.

Con il passare del tempo un rilevante contributo al mutare di segno della discrezionalità è dipeso dal diverso ruolo giocato dai diritti fondamentali nei confronti della pubblica amministrazione dopo la sottoscrizione della Carta europea dei diritti dell'uomo da parte di Paesi europei anche non aderenti all'Unione europea, dalla integrazione del Trattato dell'Unione con la Carta di Nizza e dopo che molte costituzioni di Paesi aderenti alla Comunità avevano invertito i rapporti diritti fondamentali-potere amministrativo inducendo la Corte di Giustizia della Comunità europea, nella sua ricerca dei principi comuni ai vari paesi aderenti alla comunità, a seguirne la logica.<sup>597</sup>

---

<sup>596</sup> Liguori F., *Le valutazioni tecniche complesse...*, op. cit., pag. 60 e ss.

<sup>597</sup> Merusi F., *Integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità*

Questa si esprime nel fatto che se i diritti fondamentali vengono prima del potere amministrativo, non possono esistere spazi di libertà "inconoscibili" da parte del cittadino e conseguentemente anche del giudice: non può esserci merito dietro le figure di eccesso di potere<sup>598</sup>.

La legalità sostanziale dei diritti inviolabili deve prevalere dunque sulla legalità formale; per contro la legalità sostanziale paga un prezzo necessario in termini di ampliamento dei poteri interpretativi del giudice che appunto adatta la norma scritta alle esigenze concrete, realizzando così una legalità che limita il potere amministrativo secondo l'interpretazione giudiziale<sup>599</sup>.

Un ambito nel quale è possibile individuare più approfonditamente l'esercizio dei limiti della discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione ovvero la linea di confine che divide l'ambito della legittimità da quella del merito del giudice amministrativo, sono i concorsi e gli esami pubblici e le valutazioni effettuate dalle Commissioni giudicatrici sulle prove di un concorso pubblico o di un esame<sup>600</sup>.

In via generale, principio consolidato è quello secondo cui le valutazioni effettuate dalle Commissioni giudicatrice sulle prove di un concorso pubblico o di un esame, costituiscono un

---

*amministrativa* in Riv.Dir.Amm 1/2009, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 50 e ss.; cfr. sul punto anche ID, *Variazioni su tecniche e processo*, in Dir.proc.amm. n. 4/2004, Giuffrè, Milano, 2004

<sup>598</sup> Merusi F., *Integrazione fra la legalità comunitaria ...*, op. cit., pag. 53 e ss.

<sup>599</sup> Manganaro F., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo* " in Dir. proc. Amm. 2/2010, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 52 e ss

<sup>600</sup> Videtta C., *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa* in Dir.Amm. 1996, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 539 e ss.

apprezzamento discrezionale tecnico e sono come tali, insindacabili da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità se non per vizi del procedimento e per violazione delle norme attributive del potere, sotto il profilo dell'eccesso di potere per manifesta illogicità<sup>601</sup>.

Ogni altro tipo di sindacato (eccezion fatta per le ipotesi in cui il Giudice amministrativo abbia anche giurisdizione di merito- il che tuttavia costituisce ipotesi eccezionale) implicherebbe una reiterazione delle indagini tecniche o delle valutazioni già effettuate dall'Amministrazione, sconfinando necessariamente in un ambito ad essa riservato in via esclusiva.

Tuttavia, l'ampio contenzioso sviluppatosi in materia di concorsi ed esami ha mostrato come, molto spesso, l'applicazione dei principi enunciati sia incerta e possa dar luogo a decisioni contraddittorie e gli stessi giudici, che negano in linea di massima il loro potere di sindacare giudizi, tuttavia, in taluni casi, hanno di fatto cercato di svolgere un sindacato "più penetrante" finendo per valutare con l'etichetta della illogicità del giudizio, direttamente gli elaborati.

Ed infatti, le valutazioni tecniche discrezionali non sono ritenute dalla giurisprudenza senz'altro insindacabili, bensì al giudice

---

<sup>601</sup> Cass.civ. Sez.Un.civ., 28 maggio 2012, n. 8412, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) secondo la quale *il sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici di esami o concorsi pubblici (valutazioni inserite in un procedimento amministrativo complesso nel quale viene ad iscriversi il momento valutativo tecnico della commissione esaminatrice quale organo straordinario della pubblica amministrazione), è legittimamente svolto quando il giudizio della commissione esaminatrice è affetto da illogicità manifesta o da travisamento dei fatti in relazione ai presupposti stessi in base ai quali è stato dedotto il giudizio sull'elaborato sottoposto a valutazione.*

amministrativo è unanimemente riservato un “canale di verifica” sotto il profilo dell’eccesso di potere per illogicità manifesta.

Orbene il problema è individuare i limiti di questa illogicità: con l’espressione illogicità si intende quel vizio della valutazione o meglio il vizio *dell’iter seguito per formularla che ricorre quando con riguardo alla concreta situazione di fatto, non è ragionevole attendersi in alcun caso una decisione della specie adottata.*

Da premettere che la discrezionalità amministrativa implica il compimento di scelte relative al miglior modo di curare l’interesse pubblico, scelte tra più soluzioni compatibili con il dato normativo<sup>602</sup> mentre diverse sono le scelte relative all’applicazione di conoscenze specialistiche (discrezionalità tecnica) come ad esempio stabilire se un farmaco è sicuro ed efficace, se un edificio è di interesse storico e artistico. Sono quelle che l’art. 17, l. n. 241/90 definisce valutazioni tecniche che si distinguono dagli accertamenti tecnici proprio per l’opinabilità delle scelte, per il margine di incertezza che essa lascia, per la variabilità del risultato in relazione al metodo adottato.

Riguardo proprio alle valutazioni tecniche operate dalla amministrazione, ci si domanda se sono sindacabili da parte del giudice dal momento che non attengono all’apprezzamento di interessi pubblici o per il fatto che le decisioni del giudice non

---

<sup>602</sup> Si veda Videtta C., *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale ...*, op. cit., pag. 540 e ss.. Ad esempio in presenza di un edificio pericolante occorre interpretare le norme per individuare l’ufficio competente, valutare il rischio di crollo, individuare una misura scegliendo tra demolizione o restauro o adottare eventuali misure temporanee (chiusura al traffico) ecc..

sarebbero meno opinabili di quelle della amministrazione.

Sul punto gli studiosi sono divisi anche se l'evoluzione del processo amministrativo e l'ampliamento dei mezzi istruttori compresa la consulenza tecnica d'ufficio, hanno indotto i giudici a sindacare le valutazioni tecniche soprattutto quando le conoscenze tecniche da applicare sono relative a discipline giuridiche<sup>603</sup>; nel 2003 il Consiglio di Stato affermava<sup>604</sup> che *in tema di controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere che ha quale presupposto la valutazione di un fatto in base a conoscenze scientifiche, la cognizione del giudice amministrativo è piena e non solo estrinseca (senza che ciò comporti però la possibilità per il giudice di sostituire la propria valutazione a quella della Amministrazione incontrando il giudice, il limite oggettivo determinato dalla opinabilità e relatività di ogni valutazione scientifica in quanto il potere di valutazione è stato attribuito alla Amministrazione dall'ordinamento e non si verte in tema di*

---

<sup>603</sup> cfr. Videtta C., *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale ...*, op. cit., p. 542 e ss.

<sup>604</sup> C.d.S., Sez. IV, n. 6201 del 13 ottobre 2003, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) secondo la quale *Il controllo è pieno in quanto nella fattispecie delineata concernente la discrezionalità tecnica, a differenza delle ipotesi di discrezionalità amministrativa, alla Amministrazione non è data alcuna scelta fra più comportamenti legittimi ma è richiesta l'esatta valutazione del fatto secondo i criteri di una determinata scienza o tecnica. Il limite è connotato alla relatività e opinabilità delle valutazioni scientifiche. Quindi oltre all'esame estrinseco circa le modalità, i criteri logici, il procedimento valutativo, il giudice deve valutare se il giudizio dell'organo amministrativo sia erroneo; in questa operazione di giudizio il giudice incontra il limite della relatività delle valutazioni scientifiche e l'erroneità si traduce nella non attendibilità secondo il livello di conoscenza della scienza sulla base della quale è stata effettuata la valutazione. Il tipo di controllo giudiziale descritto comporta dunque una tutela effettiva non meno efficace di quella garantita dall'ordinamento comunitario in situazioni analoghe e non meno incisiva di quella riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del primo comma dell'articolo 6 della Convenzione, rispettoso delle attribuzioni affidate dall'ordinamento nazionale al giudice amministrativo e alla pubblica Amministrazione coerente con la forza delle cose.*

*giurisdizione di merito).*

Successivamente la IV Sezione del Consiglio di Stato<sup>605</sup> si è pronunciata sul punto e ha affermato, relativamente ai limiti del sindacato del giudice circa le valutazioni tecniche di una Commissione giudicatrice di un pubblico concorso, che *“Il collegio non ignora i limiti che il giudice amministrativo incontra nel sindacato sulla discrezionalità c.d. tecnica del giudice amministrativo. Deve tuttavia rilevare che detti limiti non si atteggiavano nei termini assoluti prospettati dalla amministrazione”*.

Più di recente con sentenza della VI Sezione n. 8399 del 18.12.2009 il Consiglio di Stato ha statuito che *“Quanto alla natura discrezionale del provvedimento, è noto che pur incontrando i limiti oggettivi della opinabilità e relatività di ogni valutazione scientifica, nonché della impossibilità del giudice di sostituirsi alla Amministrazione, (potere di sostituzione proprio solo della giurisdizione di merito) il giudice amministrativo non è per questo tenuto a limitare il proprio apprezzamento ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale secondo i noti parametri di logicità, congruità, e completezza dell' istruttoria ,*

---

<sup>605</sup> Sentenza C.d.S., Sez IV, del 05.09.2007 n. 4659, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) secondo la quale *Con riferimento in particolare alle prove nell' ambito delle procedure concorsuali,...in tema di controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere che ha come presupposto la valutazione di un fatto (nel caso di specie l'elaborato del ricorrente) in base a conoscenze scientifiche, la cognizione del giudice è piena e non solo estrinseca....Il controllo è pieno, in quanto nella fattispecie delineata concernente la discrezionalità tecnica, a differenza delle ipotesi di discrezionalità amministrativa, alla Amministrazione non è data alcuna scelta fra più comportamenti legittimi ma è richiesta la esatta valutazione di un fatto secondo i criteri di una determinata scienza. Quindi oltre all'esame estrinseco circa le modalità, i criteri logici, il procedimento valutativo, il giudice deve valutare se il giudizio dell'organo amministrativo sia erroneo.*



*dovendo invece l'oggetto del giudizio estendersi alla esatta valutazione del fatto secondo i parametri della disciplina nella fattispecie applicabili*"<sup>606</sup>.

Dalla lettura delle sentenze si evince che grazie all'apporto giurisprudenziale si è dato un volto nuovo e precisi confini all'indagine che il giudice amministrativo deve svolgere nel rispetto dei principi nazionali, comunitari ed internazionali in ossequio al principio di effettività della tutela delle situazioni soggettive protette in materia di sindacato del potere discrezionale come nel caso delle valutazioni delle commissioni esaminatrici di cui si è detto. Il controllo del giudice amministrativo, come si ricava dalle citate sentenze, è un controllo pieno che richiede l'esatta valutazione di una componente del fatto secondo i criteri di una determinata scienza o tecnica fermo restando il limite della relatività e opinabilità delle valutazioni scientifiche.

In merito al problema relativo al controllo (giudiziario) esperibile nei riguardi delle valutazioni adottate all'esito di procedure concorsuali dalla Commissione esaminatrice, si sono pronunciate

---

<sup>606</sup> C.d.S., Sez. VI, n. 8399 del 18.12.2009, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo la quale *In tale ottica ed in applicazione del principio di effettività della tutela delle situazioni soggettive protette, rilevanti a livello comunitario (quale principio imposto anche dall' art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali promossa dal Consiglio Europeo nel 1950) sé è vero che il giudice non può sostituire all' apprezzamento opinabile della Amministrazione il proprio apprezzamento, è anche vero che il medesimo Giudice non può esimersi dal valutare anche avvalendosi di idonea consulenza tecnica (o più semplicemente di verifica ex art. 19 C.d.P.a.) l'eventuale erroneità dell'apprezzamento della Amministrazione, ove tale erroneità sia in concreto valutabile; quando soprattutto debba esercitarsi una discrezionalità tecnica, in rapporto alla quale l'esercizio del potere richiede non una scelta di opportunità ma l'esatta valutazione di un fatto secondo i criteri di una determinata scienza o tecnica.*

anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>607</sup> secondo le quali *il principio posto a suo tempo dal Consiglio di Stato con riguardo al sindacato su dette valutazioni è che non sussiste ragione per sottrarre l'accertamento al controllo del giudice amministrativo, essendo predicabile un sindacato che giunga, senza impingere nella riserva di intangibilità del merito amministrativo, ben più che al controllo della mera coerenza logica della argomentazione al diretto sindacato di attendibilità dei giudizi tecnici adottati ... si è rilevato che le relative valutazioni, comunque formulate all'interno del procedimento amministrativo di selezione, non precludono in alcun modo la piena tutela innanzi al giudice amministrativo, giudice del fatto come della legittimità dell'atto.*

---

<sup>607</sup> Cass. SS.UU., 21.06.2010 n. 14893, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

## **5. Il sindacato del giudice di legittimità sulle “scelte tecniche complesse” dell’AGCM quale sindacato sui fatti**

Dottrina e giurisprudenza si sono occupate della non poco spinosa questione relativa ai limiti del sindacato del giudice di legittimità quando si tratta di scelte (valutazioni tecniche), per così dire, complesse effettuate dalle Autorità amministrative Indipendenti e in particolare, della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)<sup>608</sup>.

Sino a tempi recenti, l'evoluzione giurisprudenziale<sup>609</sup> era rimasta ancorata a due orientamenti di fondo del nostro sistema di giustizia amministrativa risalenti alla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato: da una parte il passaggio dalla insindacabilità assoluta delle scelte discrezionali alla loro sindacabilità esterna (c.d. estrinseca o indiretta) e dall'altra quella opzione dogmatica tendente a "compattare" nella nozione di discrezionalità sia le valutazioni e le scelte di opportunità amministrativa, sia le valutazioni e le scelte di carattere tecnico estendendo quindi anche a tali apprezzamenti quella limitata

---

<sup>608</sup> Sul punto si veda Liguori F., *Le valutazioni tecniche complesse ...*, op. cit. pag.55 e 56; Caranta R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti della Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Ferrari E., Ramajoili M., Sica M. (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006 pag. 234 e ss..Vedi anche Sposato R., *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

<sup>609</sup> Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 275 e ss.. Come si è cercato di evidenziare nelle pagine precedenti, il tema dell'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecnico-discrezionali c.d. complesse e della effettività (o se si vuole della pienezza) della conseguente tutela giurisdizionale è stato un argomento che da tempo ha occupato la dottrina e, nel corso degli anni, in giurisprudenza numerosi sono stati i mutamenti di rotta in ordine ai limiti del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità amministrativa e soprattutto sulla discrezionalità c.d. tecnica della Amministrazione.

sindacabilità esterna già riconosciuta ammissibile nei confronti delle scelte discrezionali in senso proprio ammettendosi dunque una sindacabilità pur "intrinseca" ma di tipo "debole"<sup>610</sup>.

Tuttavia, autorevole dottrina<sup>611</sup> già aveva tempo addietro notato come a fronte di disposizioni di legge, incomplete ed imprecise, è proprio il giudice amministrativo a determinare - nell'ambito della sua discrezionalità di giudice - qual è lo spazio o l'intensità della discrezionalità dell'Amministrazione, fissando in concreto i confini della insindacabilità (interna) delle scelte della Amministrazione.

Un sostegno al sindacato "interno" sulle scelte discrezionali della AGCM, fu rinvenuto nel principio costituzionale dell'effettività della tutela in base al quale la deducibilità in giudizio della violazione di una norma che impone una valutazione tecnica dell'Amministrazione, non può non imporre il potere del giudice di sindacarne integralmente la correttezza anche attraverso autonomi apprezzamenti<sup>612</sup>. In conformità al principio di effettività della tutela è necessario quindi che il sindacato del

---

<sup>610</sup> Così Scoca F., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, nel volume a cura di Parisio Vera, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998, pag. 107. Pur restando ferma l'idea della intangibilità delle scelte discrezionali in senso proprio, le recenti pronunce giurisprudenziali sembrano aver superato l'opzione dogmatica tendente ad escludere la sindacabilità interna delle valutazioni dell'Amministrazione a contenuto non discrezionale (Police A., *Tutela della concorrenza* ..., op.cit. pag 276 e ss.).

<sup>611</sup> Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale* ..., op.cit. pag. 108. Non dissimili le notazioni di Schinaia M.F., *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione* in Dir.Proc.Amm, Giuffrè, Milano, 1999, pag.1102 e ss.. Ed anche Ledda F., *Determinazioni discrezionali e domanda di diritto in Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Mucchi, Modena, 1986, pag. 956.

<sup>612</sup> Police A., *Tutela della concorrenza* ..., op. cit. pag 284; sul punto vedi anche Ledda F., *Potere, tecnica, sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir.proc.amm.*, 1983, pag. 371.

giudice sulle decisioni dell'Autorità non sia un controllo di semplice "attendibilità" del ragionamento svolto dalle autorità tale da ridurre il suo sindacato ad un controllo "fisiologico" incentrato sugli enunciati linguistici contenuti negli atti delle autorità<sup>613</sup>.

Ed infatti non sembrava, secondo parte della dottrina<sup>614</sup>, esserci alcun ostacolo a che il giudice procedesse ad un più deciso sindacato "interno" sulle valutazioni tecniche della Amministrazione soprattutto in relazione a quei vizi dell'apprezzamento tecnico rilevabili alla luce di elementi incontrovertibili delle discipline di riferimento.

Quanto affermato in dottrina, si è poi concretizzato in giurisprudenza con la innovativa sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato (n. 601 del 9 aprile 1999) che dopo aver affermato che la discrezionalità tecnica è altro dal merito

---

<sup>613</sup> Così Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale ...*, op.cit. pag. 37 e ss., secondo il quale da una parte, la congruenza e la proporzionalità delle decisioni dell'AGCM in ordine alla fattispecie concreta rispetto a tali concetti ben può essere sottoposto allo scrutinio del Giudice amministrativo, chiamato ad operare un giudizio sulla correttezza della operazione di contestualizzazione (e quindi di tutela del diritto o di repressione dell'abuso) senza procedere a valutazioni sostitutive; dall'altro, le rilevate dinamicità e flessibilità dei concetti giuridici indeterminati escludono che l'AGCM si possa fare portatrice di un autonomo interesse (pubblico) al cambiamento (o apertura) del mercato, limitandosi ad interpretare le esigenze da esso provenienti. In altri termini l'AGCM è autorità di garanzia che svolge una funzione neutrale (e non è invece una autorità di regolazione investita di un potere autoritativo discrezionale per il perseguimento di un interesse pubblico: esso non sembra dunque poter assumere il ruolo di motore propulsivo (iniziale) dei cambiamenti del mercato, ma solo quello di strumento di tutela e stimolo di processi evolutivi che trovano origine esclusivamente nella legislazione del mercato, nonché di strumento di reazioni avverso le patologie che colpiscono il suo corretto svolgimento (sulle quali l'AGCM interviene nello svolgimento della funzione di vigilanza).

<sup>614</sup> Il riferimento è a Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, op. cit., pag. 121

amministrativo e ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere deve fare ricorso ad una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza, conclude affermando che se una riserva di amministrazione è ragionevole in ordine al merito amministrativo, tale esigenza non sussiste quando oggetto degli apprezzamenti sono presupposti di fatto del provvedimento amministrativo. Il sindacato giurisdizionale può svolgersi quindi in base al "non al mero controllo formale ed intrinseco dell'iter logico seguito dalla Autorità amministrativa ma alla verifica della attendibilità delle operazioni sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo". Il sindacato del Giudice non può che essere pieno e penetrante perché il vizio di ragionevolezza, incongruità o erronea assunzione dei presupposti di fatto non assume i connotati e i limiti dell'eccesso di potere proprio della ponderazione di interessi (in cui si confronta l'opportunità e l'opinabilità della scelta) ma diviene una operazione interpretativa in cui il giudice verifica la ragionevolezza e la proporzionalità dell'interpretazione offerta dall'AGCM in rapporto alle norme di riferimento<sup>615</sup>. Parte della dottrina<sup>616</sup> ritiene che quando si tratta di una controversia relativa a provvedimenti dell'AGCM non ci si trova mai di fronte alla possibilità, nemmeno teorica, di esercitare un

---

<sup>615</sup> Così Scoca F.G. e Degni F., *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela* in Giust.amm., Riv. internet dir.pubbl., n. 10, 2006 ([www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)), pag. 23 e ss.

<sup>616</sup> Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato in Diritto Amministrativo*, Rivista trimestrale, n. 2/2008, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 257 e ss.

sindacato di merito in quanto le situazioni giuridiche soggettive coinvolte assumono la sostanza di diritti soggettivi e sono oggetto di semplici decisioni e non di veri provvedimenti di cura di interessi pubblici specifici<sup>617</sup>.

Si parla di discrezionalità tecnica quindi e non di discrezionalità amministrativa quando l'indagine compiuta dal giudice ha ad oggetto provvedimenti della Autorità (almeno secondo la condivisa raffigurazione che della discrezionalità dà la celebre sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato 601/99<sup>618</sup>).

Nelle controversie relative alle decisioni dell'AGCM è possibile che il sindacato giurisdizionale esercitato sia totalmente pieno, trattandosi di accertare i fatti e valutarli alla luce di disposizioni legislative.

Con ciò si vuole affermare che non possono esserci scelte tecniche (tecnico-discrezionali) riservate alla Autorità dato il carattere neutrale del suo potere, la natura decisoria dei suoi provvedimenti e la loro incidenza sui diritti soggettivi<sup>619</sup>.

Sicché il giudizio di legittimità si rivela in realtà essere un giudizio di verità e di fondatezza sulle decisioni delle Autorità.

Nell'assumere le proprie decisioni, la AGCM fa applicazione di concetti giuridici indeterminati: più sotto il profilo economico che giuridico, come nel caso in cui si tratta di verificare l'abuso di posizione dominante<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze ...*, op cit., p. 259 e ss.

<sup>618</sup> Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze ...*, op cit., p. 258 e ss.

<sup>619</sup> Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze ...*, op.cit., pag. 259 e ss.

<sup>620</sup> Sul punto si veda anche Cintioli F., *Tecniche e processo amministrativo*, op. cit., pag. 1006 e ss., che ribadisce quanto detto da Merusi F. in *Le leggi del mercato*, Il Mulino, Bologna 2002: la legittimazione dei poteri delle autorità indipendenti

Dinnanzi a norme giuridiche contenenti concetti giuridici indeterminati quindi, l'attività interpretativa della norma deve tener conto del caso concreto: si deve cioè individuare la c.d. norma del caso attraverso una attività che riguardi la norma stessa (c.d. *questio iuris*). La concretizzazione della norma è solo il primo passaggio.

Più complessa risulta essere la seconda fase della acquisizione e valutazione dei fatti ossia una volta acquisiti i fatti, verificare come essi o i dati da questi estraibili vanno valutati alla luce di teorie e parametri economici in quanto i fatti di per sé si qualificano come indizi di comportamenti illeciti mentre la illiceità può essere verificata solo attraverso deduzioni e giudizi opinabili (tali fatti rientrano nella c.d. *questio facti*)<sup>621</sup>.

In ogni caso sia riguardo alla *questio iuris* sia riguardo alla *questio facti*, le scelte tecniche del provvedimento adottato dalla Autorità sono pienamente sindacabili dal giudice amministrativo. Il cammino è stato lungo, infatti nel 2002 con sentenza n. 2199/2002<sup>622</sup> la VI Sezione del Consiglio di Stato, superando l'orientamento dottrinale fino a quel momento consolidato (la dottrina aveva offerto autorevole "copertura" dogmatica alla causa della insindacabilità delle valutazioni tecniche - benché non fosse ignota la sostanziale ed ontologica diversità che

---

nasce negli interstizi delle norme comunitarie. La norma comunitaria infatti non descrive puntualmente il potere conferito alle autorità nazionali, ma si affida ancora una volta a un concetto generale intriso di valenza economica prima ancora che giuridica, corroborando la teoria dei c.d. poteri impliciti (su questo aspetto cfr. Bassi N., *Principio di legalità e poteri amministrativi*, Giuffrè, Milano 2001).

<sup>621</sup> Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze....*, op.cit. pag. 258 e ss; cfr. Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, op. cit., pag 295 e ss,

<sup>622</sup> C.d.S., Sez. VI, 23.4.2002 n. 2199, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)



intercorre tra giudizi di opportunità e giudizi tecnici – mediante la formula della “discrezionalità tecnica” che era riuscita a costituire solido scudo alla sindacabilità giurisdizionale delle scelte tecniche<sup>623</sup>) si è data carico di prospettare una più articolata posizione in merito alla estensione e “profondità” del proprio sindacato sui provvedimenti dell’ autorità antitrust<sup>624</sup>.

In particolare il Consiglio di Stato ha osservato che i provvedimenti dell’ Autorità Garante sono articolati in più fasi<sup>625</sup>:

**1.** una prima fase di accertamento dei fatti; **2.** una seconda fase di completamento della norma sulla concorrenza che fa riferimento a concetti giuridici indeterminati ossia di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, che, facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati - per es. abuso di posizione dominante, mercato rilevante - necessita di una esatta

---

<sup>623</sup> Police A., *Tutela della concorrenza*.....op cit. pag. 283

<sup>624</sup> Police A., *Tutela della concorrenza*.....op cit. pag. 295

<sup>625</sup> sul punto Police A., *Tutela della concorrenza*....., op.cit., pag. 293 e ss., secondo cui una significativa occasione di riflessione (come ricorda Caranta R., *Il sindacato giurisdizionale sugli Atti della Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, nel volume a cura di Ferrari E., Ramajoli M. e Sica M., *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Atti del convegno (Milano, Maggio 2005) Giappichelli, Torino, 2006, pag. 245 ss.) è stata offerta dal ricorso con il quale si impugnavano provvedimenti sanzionatori adottati dalla Autorità Garante nei confronti di numerose compagnie di assicurazione in seguito all'accertamento di un preteso cartello relativo alle polizze assicurative a copertura della responsabilità nel settore automobilistico. Il Consiglio di Stato investito della questione in sede di appello (il ricorso era stato respinto in prime cure dal Tar del Lazio, Sez. I, 5 luglio 2001, n. 6139, in *Foro Amm.*, 2001, pag. 2117) ha affermato che mentre nella prima fase, quella di accertamento dei fatti, l'attività della Autorità è interamente vincolata, le altre attività - quali la contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza e la conformità dei fatti accertati con il parametro contestualizzato - implicherebbero "valutazioni di tipo tecnico che vanno svolte secondo regole scientifiche non esatte ma opinabili....Sugli accertamenti di fatto il sindacato giudiziale è pieno e completo (si parla di sindacato "forte") mentre sulle valutazioni tecnico-scientifiche, lo scrutinio del giudice non possa che essere di tipo "debole".

individuazione degli elementi costitutivi dell' illecito contestato;  
**3.** una terza fase di confronto tra i fatti accertati e la norma completata (o "contestualizzata") **4.** un'ultima fase di applicazione delle sanzioni previste dalla disciplina vigente<sup>626</sup>).

Il Consiglio di Stato di conseguenza ha affermato che, mentre nella prima fase, quella di accertamento dei fatti, l'attività della Autorità era interamente vincolata, le altre attività - quali la contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza e la sua conformità ai fatti accertati - implicavano, invece, "valutazioni di tipo tecnico che andavano svolte secondo regole scientifiche non esatte ma opinabili".

Sugli accertamenti di fatto il sindacato giudiziale è pieno e completo (si parla di sindacato "**forte**") mentre sulle valutazioni tecnico-scientifiche, lo scrutinio del giudice non poteva che essere di tipo "**debole**" nel senso però non di una preclusione del controllo giurisdizionale ma nel senso che il giudice non poteva esercitare un sindacato con poteri sostitutivi<sup>627</sup>.

Successivamente con sentenza n. 5156 del 18 giugno 2002, la VI Sezione del Consiglio di Stato nel definire il suo sindacato ha tuttavia messo in evidenza come l'assenza di un controllo di tipo sostitutivo non debba intendersi come rinuncia all'esercizio di un sindacato stringente<sup>628</sup> dimostrando che l'assenza di poteri sostitutivi comportava solo che la definizione della fattispecie

---

<sup>626</sup> Sul punto si veda Villata R., *Giurisdizione esclusiva e Amministrazioni Indipendenti* in *Annuario Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo* 2002 ([www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)), pag. 209 e ss.

<sup>627</sup> Sempre Police A., *Tutela della concorrenza.....*, op.cit., pag. 297

<sup>628</sup> Police A., *Tutela della concorrenza ..op cit.*, pag. 297

sostanziale oggetto del provvedimento impugnato spettasse all'Autorità<sup>629</sup>; in particolare il Consiglio di Stato ha affermato che *"il giudice amministrativo può solo verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo, ragionevole, correttamente motivato ma non può sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dalla Autorità perchè si tratta di valutazioni riservate ad esse"*: si parla dunque di un sindacato debole<sup>630</sup>.

Nel 2004 con sentenza n. 926 del 2 marzo 2004 il Consiglio di Stato dopo aver fornito una spiegazione di che cosa si era inteso per "sindacato debole" affermando che *"con questa espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice che dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dalla Autorità in base a regole tecniche anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni della Autorità in base a regole tecniche anch'esse sindacate, corrette, ragionevoli, proporzionate e attendibili, non può spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte"*; ha abbandonato la locuzione di sindacato debole e forte<sup>631</sup> affermando invece che al giudice spetta di verificare ex post l'operato della Autorità e in

---

<sup>629</sup> In particolare, in quell'occasione, si è inteso mettere in chiaro che il Consiglio di Stato "ha dimostrato in concreto di non incontrare alcun limite nell'esercizio del proprio sindacato giurisdizionale e l'assenza di poteri sostitutivi ha comportato solamente che non fosse il giudice a rideterminare le prescrizioni cui condizionare l'assenso all'operazione di concentrazione, ma che la definizione della fattispecie sostanziale oggetto del provvedimento impugnato spettasse, in sede di esercizio del potere, e con i vincoli derivanti dal giudicato, all'Autorità a cui il legislatore ha demandato l'esercizio di tali delicati poteri", Police A., *Tutela della concorrenza* ..., op cit. pag. 297

<sup>630</sup> Scoca F.G., *Giudice amministrativo ed esigenze...*, op. cit. pag. 260 e ss.

<sup>631</sup> C.d.S., Sez. VI, 2 Marzo 2004 n. 926 in *Dir.form.*, 2004, pagg. 547 e 997, con nota di De Pretis D., *Antitrust, valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale*.

tale controllo il giudice non incontra alcun limite: il sindacato del giudice, anche nel modello impugnatorio è particolarmente penetrante e il controllo del giudice si estende fino alla analisi economica della Autorità (potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie in esame)<sup>632</sup>. Ed infatti, come sostiene il giudice di appello *"ciò che rileva non è la qualificazione del controllo come forte o debole ma l'esercizio di un sindacato tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità della controversia, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito alla Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato"*<sup>633</sup>.

Ciò perchè, come si afferma in dottrina<sup>634</sup>, gli atti delle autorità amministrative indipendenti sono manifestazioni di discrezionalità ma non di discrezionalità amministrativa. Questa situazione infatti è carica di conseguenze per il sindacato giurisdizionale sugli atti della Autorità: dal momento che il potere in questione non implica esercizio di discrezionalità amministrativa, non può configurarsi un merito amministrativo né, di conseguenza, una sfera riguardante le relative valutazioni

---

<sup>632</sup> Police A., *Tutela della concorrenza.....*, op.cit. pag.298

<sup>633</sup> C.d.S., Sez. VI, 2 Marzo 2004, n. 926, op.cit.

<sup>634</sup> Pajno A., *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir.proc. amm.* n. 3/2004, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 640 e ss.

"riservate" non attingibili dal giudice<sup>635</sup>.

In questa prospettiva si segnala il contributo di un autorevole studioso<sup>636</sup> che ha ribadito la particolare natura della AGCM preposta ad esercitare una attività amministrativa in settori in cui operano "diritti fondamentali" quale quello della libertà economica - come nel caso in esame - secondo l'interpretazione dell' art. 41 Cost..

Il giudice non si sostituisce alla valutazione complessa della AGCM ma si limita a stabilire se questa sia una delle valutazioni compatibili con quel concetto giuridico indeterminato o con quella norma tecnica<sup>637</sup>.

Sia la prospettazione della posizione giuridica dei privati in

---

<sup>635</sup> Così Pajno A., *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, op. cit. pag. 642 e ss. secondo il quale il sindacato del giudice non trova alcun limite in un insussistente merito amministrativo: e non a caso il sindacato del giudice sugli atti delle autorità amministrative indipendenti volti all'applicazione della legge senza l'intermediazione di valutazioni tecniche è pieno, sia con riferimento alla portata e alla ampiezza della norma da applicare, sia con riferimento alla determinazione dell' ambito oggettivo riconducibile alla norma sia in relazione alla possibilità di collegare i fatti presi in considerazione con la norma da applicare. Sul punto si veda anche Scoca F.G. e Degni F., *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, op.cit. pag. 13 e ss., secondo cui l'applicazione di una regola tecnica e la valutazione sulle scelte tecnico-discrezionali suscettibili di vario apprezzamento, non impingono affatto il merito amministrativo e il margine di insindacabilità ad esso connaturato. Va sempre tenuto ben presente infatti che il merito attiene alla discrezionalità amministrativa la quale, conformemente ai principi generali dell'ordinamento, è suscettibile soltanto di un sindacato qualificabile appunto come indiretto. Muovendo dall' idea teoricamente più corretta che la discrezionalità tecnica in realtà non è vera discrezionalità e che pertanto, non esistono valutazioni di opportunità in relazione alle scelte tecniche anche se "opinabili", non si ravvisano più ostacoli a che la cognizione del giudice , allargando i propri confini, include anche le scelte tecnico-discrezionali della amministrazione che, esulando dal merito amministrativo, refuiscono a pieno titolo, nell' alveo della legittimità.

<sup>636</sup> Merusi F., *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in Francario F. (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 175 e ss.

<sup>637</sup> Merusi F., *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*. op.cit., pag.187

termini di interesse legittimo connesso all'esercizio di un diritto fondamentale sia quella di diritto soggettivo, tendono a perseguire il risultato pratico di estendere il sindacato giurisdizionale (non già al merito ma) alla fase di accertamento della fattispecie intesa in senso ampio, ossia a tutti gli aspetti che interessano sia la ricostruzione degli elementi di fatto sia la loro sussunzione entro gli schemi propri della norma tecnica (o del concetto giuridico indeterminato)<sup>638</sup>. In entrambe i casi si avverte quindi la necessità di un sindacato pieno del giudice attraverso il superamento della barriera "tradizionale" del concetto di discrezionalità considerato come merito insindacabile, riducendo in parte lo spazio libero di azione amministrativa<sup>639</sup>.

La discrezionalità tecnica e il conseguente sindacato debole dunque, sarebbero ormai definizioni da riconsiderare nel loro effettivo contenuto, essendo il giudice in ogni caso chiamato a esercitare un controllo di ragionevolezza e di proporzionalità nei confronti delle decisioni della AGCM<sup>640</sup>.

La tutela giurisdizionale per essere effettiva deve consentire al giudice un controllo intrinseco avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dalla amministrazione<sup>641</sup>; infatti il compito del giudice non è solo quello di applicare

---

<sup>638</sup> Così Scoca F.G. e Degni F., *Autorità amministrative indipendenti*, op.cit. pag. 21

<sup>639</sup> Così Scoca F.G. e Degni F., *Autorità amministrative indipendenti*, op.cit. pag. 22

<sup>640</sup> Così Scoca F.G. e Degni F., *Autorità amministrative indipendenti*, op.cit. pag. 14

<sup>641</sup> Chieppa R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust* in *Dir.proc.amm.* 4/2004, Giuffrè, Milano, 2004, pag 1050

meccanicamente le norme di chiara lettura ma anche di interpretare le norme in settori rispetto ai quali non possiede competenze specifiche<sup>642</sup>. L'Autorità dal canto suo dovrà esercitare le proprie competenze tecniche ai fini della decisione tale da resistere ad un eventuale sindacato del giudice che implica la possibilità di una verifica<sup>643</sup> del buon utilizzo delle competenze tecniche adoperate e della correttezza della decisione<sup>644</sup> presa.

Con decisione n. 515 dell'8 febbraio 2007<sup>645</sup> la VI Sezione del

---

<sup>642</sup> Così Chieppa R., *Il controllo giurisdizionale ...*, op. cit., 1048 e ss.

<sup>643</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, n. 6629 del 7.03.2006, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), che ribadisce la insindacabilità delle decisioni della AGCM quando le censure dedotte, "sorrette da argomentazioni economiche e tecniche", involgono "scelte di merito della Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica" allo scopo di "sostituire la definizione del mercato rilevante effettuata dalla Autorità medesima". La valutazione dell' AGCM quindi non sarebbe sorretta da un controllo penetrante: la Sezione a tal proposito precisa che *il sindacato del giudice amministrativo sulla definizione del mercato rilevante, non può spingersi fino a sostituire le valutazioni della Autorità, mentre può verificarne la correttezza, facendo riferimento all'osservanza delle norme tecniche, di quelle procedurali, dell'obbligo di motivazione, all'esattezza materiale dei fatti, alla insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere*. Ed ancora con sentenza n. 1271 del 10.03.2006 la VI Sezione del C.d.S. non ritiene di potersi sostituire alla AGCM nel formulare valutazioni sostitutive derivanti dalla applicazione di concetti giuridici indeterminati ma ritiene di poter procedere alla esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato tanto più che le norme in materia di concorrenza non sono di "stretta interpretazione" ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale. Vedi sul punto Scoca F.G. e Degni F., *Autorità amministrative indipendenti*, op.cit., pag. 33.

<sup>644</sup> Chieppa R., *Il controllo giurisdizionale sugli atti ...*, op. cit., pag. 1027

<sup>645</sup> C.d.S., Sezione VI, 8 febbraio 2007 n. 515, in *Foro Amministrativo C.d.S.*, 2007, 594, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), secondo cui...con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici", la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco, ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenente alla medesima scienza specialistica applicata dall'Amministrazione. Il sindacato del giudice amministrativo è dunque pieno e particolarmente penetrante e si estende fino al controllo dell'analisi (economico o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa sia applicare la corretta

Consiglio di Stato invece giunge ad una ridefinizione o meglio ad una ulteriore evoluzione del proprio sindacato in merito alle controversie aventi ad oggetto provvedimenti della AGCM<sup>646</sup>:

*"Il giudice amministrativo può sindacare senza alcun limite tutte le valutazioni tecniche, il sindacato è pieno e particolarmente penetrante e si estende fino al controllo della analisi economica o di altro tipo compiuto dalla Autorità potendo il giudice amministrativo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame. In particolare con tale ultima decisione (Cons.Stato, VI, n. 926/2004) la Sezione ha inteso abbandonare la terminologia usata in precedenza "sindacato forte o debole", per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversia, in cui ha attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia antitrust, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato*<sup>647</sup>.

---

interpretazione dei concetti giuridici determinati alla fattispecie concreta in esame...; sul punto v. Liguori F., *Le valutazioni tecniche ...*, op cit., pag. 66 e ss.

<sup>646</sup> cfr. Police A., *La tutela della concorrenza ...*, op. cit. pag 295 e ss.

<sup>647</sup> C.d.S., VI Sez. 518/2007 op cit. "Tale ultimo orientamento esclude limiti alla tutela giurisdizionale dei soggetti coinvolti dall'attività della AGCM, individuando quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere dimesso dal legislatore all'autorità"; sul punto v. Scoca S.G., *Giudice amministrativo ed esigenze...*, op. cit. pag. 262; e v. anche Schinaia M.E., *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della*



Successivamente il Consiglio di Stato<sup>648</sup> ha affermato che *Con riferimento alle valutazioni tecniche, anche quando riferite a "concetti giuridici indeterminati", la tutela giurisdizionale per essere effettiva non può limitarsi ad un sindacato meramente estrinseco ma deve consentire al giudice un controllo intrinseco, avvalendosi eventualmente anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione.*

Da ciò si evince che il sindacato del giudice amministrativo deve essere pieno ed effettivo e si accentrerà su come il potere è stato esercitato ma anche su come siano stati definiti e utilizzati i criteri rilevanti per la decisione<sup>649</sup>.

Tuttavia c'è da sottolineare che in un'altra occasione il Consiglio di Stato<sup>650</sup> pur precisando che *l'area della opinabilità in cui si*

---

*pubblica amministrazione* in Dir. proc.amm., Giuffrè, Milano, 1999, pag. 11202 e ss.

<sup>648</sup> C.d.S., Sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 597, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

<sup>649</sup> In ossequio ai principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale ex artt. 24-103-111-113 Cost., nonché a quelli ricavabili dall'ordinamento comunitario, e da ultimo dall'art. 1 del Codice del processo amministrativo, visto il passaggio da un giudizio sull'atto ad un giudizio sul rapporto. Si veda in particolare Sposato R., *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it); vedi anche Spattini G.C., *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in Dir.proc.amm., n. 1/2011, Giuffrè, Milano, 2011

<sup>650</sup> C.d.S., Sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1275 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) ; cfr. anche Cass.civ. Sez. Unite, 22.05.2012 n. 8071 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) secondo la quale *Le decisioni del giudice amministrativo sono viziate per eccesso di potere giurisdizionale e quindi sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla P.A.) compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprime la volontà dell'organo giudicante, di sostituirsi a quella della Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto ad una giurisdizione di legittimità (cioè all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi). In tale quadro però è stato*

---

*anche precisato che per esercitare la propria giurisdizione di legittimità, e quindi valutare gli eventuali dell'eccesso di potere dai quali un atto amministrativo impugnato potrebbe essere affetto, il giudice amministrativo non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto.*

*Neppure quando perciò si tratti ...di un atto a contenuto fortemente valutativo, cui certamente inerisce un ampio grado di discrezionalità anche tecnica, si può negare al giudice il potere-dovere di vagliarne la relativa motivazione .....; e se pure è vero che in siffatte situazioni esiste il rischio che il giudice travalichi quei limiti e sostituisca indebitamente la propria valutazione a quella dell'amministrazione, per riscontrare un tale eccesso di potere non basta certo soltanto il fatto che il giudice si sia soffermato a soppesare argomenti sul quale la motivazione dell'atto impugnato si articolava... L'insindacabilità delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione ad opera del giudice non esclude che sia invece sindacabile una motivazione che non consenta di comprendere i criteri ai quali quella valutazione si è ispirata o che, peggio ancora, manifesti l'illogicità e la contraddittorietà della loro applicazione nella fattispecie concreta; e la recente sentenza del C.d.S., Sez. VI, 13 Settembre 2012, n. 4873 in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) secondo la quale.... il giudice amministrativo.... può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità indipendente applica al caso concreto la regola individuata, ma ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi in quanto, diversamente, vi sarebbe una indebita sostituzione del giudice all' amministrazione, titolare del potere esercitato.*

*Si veda Jori P., *Natura e fondamento della discrezionalità delle Pubbliche Amministrazioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 1/2013: Secondo un orientamento più recente deve ammettersi un controllo intrinseco sulla valutazione tecnica operata dall'amministrazione. Questa teoria parte dalla premessa secondo cui nella valutazione tecnica l'Amministrazione non effettua una scelta in senso stretto, ma procede alla qualificazione di un soggetto o di un bene, avvalendosi di una scienza non giuridica L'apprezzamento di elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi (a rilevare attraverso valutazioni tecniche) attiene sempre alla legittimità del provvedimento e pertanto non può essere sottratto al giudice, pena la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del nuovo canone costituzionale della parità processuale delle parti. Deve quindi riconoscersi il potere del G.A. di “verificare direttamente l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico ed al procedimento applicativo”. Per fare ciò, lo stesso giudice amministrativo deve avere la possibilità di vagliare egli stesso, direttamente, il problema tecnico oggetto del giudizio, avvalendosi non solo delle massime di esperienza ma anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica ed ai modelli professionali applicati dall'Amministrazione. Tale possibilità è stata assicurata mediante l'introduzione nel processo amministrativo della Consulenza Tecnica d'Ufficio. Dunque questo orientamento, facendo leva sulla necessità di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, ammette un sindacato pieno sull'attività tecnico discrezionale della pubblica amministrazione. L'attività di giurisdizione si estende sino al controllo dell'analisi compiuta dalla autorità amministrativa, con conseguente possibilità di rivalutazione delle scelte effettuate*

sostanziano la discrezionalità tecnica e quella amministrativa, non è immune da un sindacato giurisdizionale che deve verificare se *l'effetto di contestualizzazione della norma sia avvenuto attraverso l'adeguata comparazione e ponderazione dell'interesse pubblico fondamentale con quelli privati, della cui rispettosa considerazione l'amministrazione deve dare contezza* si esprime nel senso che il giudice dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo logico-valutativo svolto dall'Amministrazione in base a regole tecniche o del buon agire amministrativo, anch'esse sindacabili, *se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionali ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere autonome scelte, perchè altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere.*

Sicché dunque, quando si tratta di sindacato sui fatti, non basta un sindacato sulla loro verità, per così dire storica, ma occorre

---

*... il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica può svolgersi non soltanto riguardo ai tradizionali ambiti dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza del provvedimento e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla p.a. relativamente alla correttezza dei criteri utilizzati e applicati. Il G.A. – nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'organo amministrativo – può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale si applica al caso concreto la regola individuata; tuttavia, qualora il giudice accerti la corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato ... in sede di sindacato della discrezionalità tecnica il G.A. può utilizzare strumenti idonei ad accertare che la formulazione del giudizio della P.A. si sia svolta secondo criteri e modalità ragionevoli; in caso contrario, egli può indicare i corretti modi di esercizio della discrezionalità tecnica ma deve essere cauto a sostituirsi, anche a mezzo di CTU, all'Amministrazione ....*

che il giudice estenda la sua conoscenza anche alle deduzioni che l'Autorità ne fa derivare nell'ambito del processo logico valutativo da essa seguito: un sindacato necessario, pieno, esauriente e rapido<sup>651</sup>.

La cognizione del Giudice sui provvedimenti della AGCM deve quindi essere tesa a ripercorrere le valutazioni tecniche della Autorità spingendosi fino a stabilire se esse sono le più convincenti alla luce del confronto con le tesi tecniche alternative portate in giudizio dalle parti, dall'eventuale consulente tecnico d'ufficio o elaborate dallo stesso Giudice, e non limitarsi a verificare se esse sono corrette o ragionevoli<sup>652</sup>.

D'altra parte non bisogna tralasciare che grazie alla introduzione di nuovi e più adeguati mezzi istruttori (C.T.U), il giudice amministrativo ha decisamente imboccato la strada della piena sindacabilità del fatto anche con riguardo ai provvedimenti della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>653</sup>.

Questa posizione non è distante da quella che la Corte di

---

<sup>651</sup> Del resto a fronte di disposizioni di legge incomplete ed imprecise è proprio il giudice amministrativo a determinare nell'ambito della sua discrezionalità di giudice, quale sia lo spazio o l'intensità della discrezionalità dell'Amministrazione, fissando in concreto i confini della insindacabilità delle scelte della Amministrazione. Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, op. cit., pag. 108 e ss.; cfr. Police A., *Tutela della concorrenza ...*, op. cit. 298 e ss..

<sup>652</sup> Il riconoscimento della riserva all'amministrazione non implica che il giudice non possa conoscere della bontà del criterio tecnico elaborato ma significa che il giudice dopo aver verificato la bontà di tale criterio non può sostituirsi ad esso un proprio criterio che ritiene migliore. Anche la riserva non esclude in via di principio la necessità per il giudice di verificare, attraverso strumenti tecnici anche sofisticati, la bontà del criterio accolto dalla Autorità amministrativa indipendente: se il criterio accolto dalla Amministrazione è sbagliato, il giudice ne trarrà la debita conseguenza sul piano della legittimità dell'atto amministrativo. Travi A., *Sindacato giurisdizionale e valutazioni tecniche complesse ...*, op.cit., pag. 9; sul punto v. anche Police A., *Tutela della concorrenza ...*, op cit., p. 299 e ss.

<sup>653</sup> Police A., *Tutela della concorrenza ...*, op. cit, pag. 277

Giustizia della C.E. e il Tribunale di primo grado hanno fatto proprie nel sindacare i provvedimenti della Commissione in materia di trust<sup>654</sup> anche se in un primo tempo, il sindacato della Corte di Giustizia sulle valutazioni economiche complesse della Commissione è stato espressamente limitato alla verifica della osservanza delle norme di procedura e di motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti, della insussistenza di errori manifesti nonché dello sviamento di potere<sup>655</sup>.

In sostanza, anche il giudice comunitario è tenuto a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova, la loro attendibilità e coerenza ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e se sono di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono<sup>656</sup>.

---

<sup>654</sup> sul punto vedi Corte Giust. CE , 15 Febbraio 2005, causa C-12/03 e ancora Corte Giustiz. CE , Grande Sez., 10 luglio 2008, in causa C413/09 secondo la quale: *"...sebbene non spetti al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella della Commissione ai fini della applicazione delle norme sostanziali del regolamento, ciò non implica che il giudice comunitario debba astenersi dal controllare la qualificazione giuridica effettuata dalla Commissione, di dati di natura giuridica. Detto giudice è tenuto, in particolare, a verificare non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova addotti, la loro attendibilità, e la loro coerenza ma altresì ad accertare se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare una situazione complessa e che siano di natura tale da corroborare le conclusioni che se ne traggono"*.

<sup>655</sup> Police A., *Tutela della concorrenza ...*, op. cit., pag. 298

<sup>656</sup> Police A., *Tutela della concorrenza ...*, op.cit., pag. 299; Sul punto cfr. R.Chiappa, op.cit. pag. 1027 "Nel sistema europeo caratterizzato dal ruolo guida svolto dalla Commissione antitrust e dalle sempre più crescenti competenze delle singole Autorità Nazionali, il coinvolgimento del giudice nella attuazione delle regole della concorrenza è avvenuto principalmente in sede di controllo giurisdizionale dei provvedimenti delle Autorità e non in sede di risoluzione delle controversie intersoggettive".

## **6. Giudice di legittimità civile (di lavoro privato) come giudice prima di tutto del fatto**

Dal momento che con l'art. 30 comma 1 della L. 183/2010 (del "Collegato lavoro") il legislatore ha affermato che quando si tratta di disposizioni di legge contenenti clausole generali ossia concetti giuridici indeterminati, il giudice deve limitarsi ad accertare i presupposti di legittimità senza giungere a sindacare nel merito le valutazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro<sup>657</sup>, ciò sta a dimostrare che anche in questo caso si pone il problema dei limiti al sindacato del giudice di legittimità sulle valutazioni tecniche del datore di lavoro nei casi regolati appunto da clausole generali ossia da disposizioni contenenti in se concetti giuridici indeterminati<sup>658</sup>.

Come sopra detto, per descrivere il fatto produttivo di effetti giuridici la norma può impiegare due tecniche differenti: descrivere il fatto in maniera tassativa fissando direttamente tutti i termini, mediante concetti giuridici determinati, oppure può rinviare per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete mediante concetti giuridici indeterminati che vanno completati con elementi o criteri extragiuridici (buona fede, la non scarsa importanza dell'inadempimento, la buona condotta, la pericolosità, l'insalubrità). Si tratta di una tecnica di formazione giudiziale

---

<sup>657</sup> Sul punto si veda Miscione M., *Il collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* n. 1/2001 IPSOA, Milano, 2001, p. 5 e ss.

<sup>658</sup> Baccarini S., *Giudice amministrativo ...*, op cit. p. 84 e ss.

della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta<sup>659</sup>.

In diritto civile è il giudice che qualifica i comportamenti dei soggetti esercitando il potere di concretizzazione dei concetti giuridici i quali operano con riferimento ai poteri che egli possiede nelle materie di giudizio<sup>660</sup>.

Sembra chiaro l'intento del legislatore, nell'introdurre la norma<sup>661</sup>, di eliminare, ridurre o delimitare la discrezionalità del giudice nell'interpretazione applicativa allorquando la norma di legge da applicare sia formulata come clausola generale<sup>662</sup>.

Ma sembra evidente anche l'illogicità di questo obiettivo: la clausola generale, come già ampiamente ribadito, implica di per sé una delega alla discrezionalità del giudice e se non vi è questa delega non vi è una clausola generale (o una norma elastica).

Appare incongruo un sindacato del giudice limitato al solo accertamento dei presupposti di legittimità senza permettergli di valutare le decisioni tecniche, organizzative e produttive sulle quali si fonda la decisione del datore di lavoro, decisioni sindacabili se non quanto all'opportunità almeno quanto alla

---

<sup>659</sup> Baccarini S., *Giudice amministrativo ...*, op cit. p. 85 e ss.

<sup>660</sup> Baccarini S., *Giudice amministrativo ...*, op cit. p. 86 e ss.

<sup>661</sup> *In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge contengono clausole generali, comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato, esclusivamente in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento dei presupposti di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative, produttive che competono al datore di lavoro o al committente* (art. 30, comma 1, legge 4 novembre 2010 n. 183, in G.U. n. 262 del 9 novembre 2010, entrata in vigore il 24 novembre 2010).

<sup>662</sup> Pivetti M., *La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale n. 1/2011, Ediesse, Roma pag. 151 e ss.

opinabilità, nel momento stesso in cui il legislatore richiamando i casi regolati da clausole generali delega al giudice "la formazione dei concetti giuridici indeterminati"<sup>663</sup>.

La tecnica di normazione per clausole generali (c.d. concetti giuridici indeterminati)<sup>664</sup> dovrebbe infatti esaltare il ruolo del giudice nel controllo di legittimità sui presupposti di una determinata valutazione tecnica e/o scelta aziendale attraverso la verifica nel caso concreto<sup>665</sup>, della esistenza delle condizioni

---

<sup>663</sup> Baccarini S., *Giudice amministrativo ...*, op. cit. pag. 80

<sup>664</sup> Sul punto si veda Veneziano S., *Il controllo giurisdizionale ...*, op. cit., pag. 1 e ss.; ancora, Fabiani E., *Sindacato della Corte di Cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in Foro It., I, Giuffrè Milano 1999, pag. 1913 e ss.; e ancora M. De Cristofaro, *Sindacato di legittimità ...*, op. cit., pag. 3561 e ss.

<sup>665</sup> Cfr. sul punto Iannotta L., *Materia e forma nel diritto amministrativo*, Relazione al Convegno *Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici*, Università degli Studi di Foggia – Scuola di Specializzazione per le professioni legali - 19 e 20 ottobre 2012, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), secondo il quale per quanto riguarda la dottrina di diritto amministrativo il riconoscimento ad opera di essa della diretta rilevanza giuridica e della **centralità del fatto amministrativo** (sulla rilevanza del fatto nel giudizio amministrativo senza però il diretto riconoscimento della sua giuridicità, v. Abbamonte G., *Il ritiro dell'atto impugnato nel corso del processo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, in Rass.dir.pubbl., 1972; *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano 1988; *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2002), inteso nei termini realistici qui rappresentati, concorrerebbe sicuramente, per il peculiare ruolo quasi normativo della dottrina amministrativa nell'ordinamento italiano (e per la sua funzione di costruzione dell'ordinamento e quindi di servizio alla società) ad un ulteriore potenziamento della cognizione dei fatti (voluta anche dal legislatore attraverso il potenziamento dell'istruttoria processuale) e della loro valutazione secondo parametri sostanziali (di giustizia effettiva ed efficace) da parte del giudice amministrativo, con conseguente incidenza sull'azione della pubblica amministrazione sotto i profili della onesta ricostruzione dei fatti e della loro giusta e adeguata conformazione. Del resto il giudice amministrativo è, per sua natura, il giudice delle vicende amministrative, in grado di realizzare, nel concerto della cognizione di ogni vicenda, molte delle esigenze colte nell'esame delle teorie postmoderne del diritto amministrativo (carattere anche etico dei principi giuridico-amministrativi; considerazione e bilanciamento dei diritti personali, sub specie di interessi legittimi, con i diritti pubblici; il contenimento della politica nel suo rapporto con la P.A.; la considerazione delle conseguenze delle decisioni nel rispetto dei diritti; la



poste ex ante dalle norme inderogabili di legge. Ciò senza che possa essere sindacato da parte del magistrato che non ne ha né i poteri né le competenze professionali, anche in termini di responsabilità rispetto alla assunzione da parte dell'imprenditore del relativo rischio di impresa, la opportunità della scelta datoriale<sup>666</sup>.

---

riduzione della complessità; la comprensione della sostanza dei problemi amministrativi, ecc.) e delle riflessioni più generali sull'oggetto e sul metodo della scienza giuridica (costruzione della realtà giuridica; piena consapevolezza del momento patologico; incidenza sulla dimensione di servizio della p.A., diretto servizio alla vita sociale), in una prospettiva olistica in grado cioè di farsi carico di tutti gli aspetti rilevanti del problema amministrativo, ancorché nei limiti tracciati dal giudizio quale definito anche dalle parti processuali. Sebbene non sia possibile pretendere dal giudice l'onniscienza, come è stato di recente evidenziato ( Ciliberti O., *Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2011, Giuffrè, Milano, 2011, pagg. 337 e ss.), anche in ragione della tecnicizzazione e della scientificazione dei problemi e delle normative, non sono preclusi al giudice ed in particolare a quello amministrativo la piena conoscenza e la piena comprensione dei problemi ad esso sottoposti, sempre attraverso la ricostruzione del fatto amministrativo e la delimitazione dell'oggetto del giudizio, avvalendosi all'occorrenza, per gli ambiti tecnici esulanti dalle sue cognizioni, di verificatori (art. 66 C.d.p.a.) nella duplice funzione di ricognitori dei fatti e di interpreti chiamati a tradurre in linguaggio comprensibile (detecnicizzato) al giudice (e alle parti) il fatto tecnico, comprensivo delle norme e dei principi tecnico-scientifici, soprattutto fondamentali, della disciplina di riferimento. L'opera congiunta della dottrina e della giurisprudenza potrebbe concorrere altresì a fare, del Diritto Amministrativo, la sede privilegiata per la riconduzione dei nuovi poteri tecnici, scientifici ed economico-finanziari al diritto e alla giustizia, in una prospettiva pluri e interdisciplinare, passando attraverso il momento fondamentale della conoscenza e della comprensione dei problemi propri dei vari ambiti disciplinari, portati alla luce del sole e svelati dalla loro traduzione in un linguaggio detecnicizzato e quindi comprensibile anche ai non tecnici.

Cfr. anche Iannotta L., *Dialogo sul metodo: osservazioni e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Diritto Amministrativo* 2003, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 133 e ss., in particolare pag. 147: *La forza e la grandezza del diritto pubblico italiano e del diritto amministrativo in particolare scaturiscono anche dalla costante e continua attenzione alla vita reale ... Questa attenzione, sempre necessaria, diviene indispensabile nei periodi di grandi trasformazioni, nei periodi nei quali " ...la storia si mette a fare la critica dei ...concetti, nel modo più radicale ... sopprimendo la realtà che vi corrisponde, abolendo per così dire ogni sistema a cui poter fare riferimento" (G. Capograssi, Leggendo la metodologia di Carnelutti, in Opere, Milano, 1959, vol. IV, 293 e ss.).*

<sup>666</sup> Tiraboschi M., *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice in La*

Nell'area delle clausole generali quindi, le valutazioni tecniche dovrebbero più avvicinarsi, nella loro struttura logica, ai controlli di legittimità sui poteri datoriali piuttosto che alle valutazioni sul merito di specifiche scelte aziendali <sup>667</sup>.

Il sindacato di legittimità dovrebbe portare quindi sempre anche ad una verifica (di merito?) circa la verità e l'effettività delle ragioni organizzative (o degli altri presupposti di legittimità) addotte dal datore di lavoro e la coerenza tra le stessa ed il ricorso all'istituto utilizzato (in termini di nesso di causalità, congruità della ragione quale giustificazione del provvedimento di gestione del rapporto di lavoro ecc.)<sup>668</sup>.

Se come sembra il legislatore non vuole affidare al giudice un ampio potere discrezionale nella interpretazione applicativa della norma, può sempre formulare la disposizione in esame non come clausola generale o norma elastica ma come una regola di carattere preciso, analitico, specifico e determinato<sup>669</sup>.

Al di là di ciò, se un fatto è regolato dalla legge attraverso una norma (di legge) formulata come una clausola generale, il giudice deve accertare il fatto e verificarne la conformità o meno a tale norma di legge ma per fare ciò non può di certo esimersi dall'interpretarla.

Interpretare e applicare una norma elastica o una clausola

---

*riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro* (a cura di Proia G. e Tiraboschi M.), Giuffrè, Milano, 2011, pag. 31 e ss.

<sup>667</sup> Tiraboschi M., *Clausole generali, onere della prova ...*, op. cit., pag. 44

<sup>668</sup> Scarpelli F., *Giurisdizione, tutela dei diritti arbitrato: l'ossessione del legislatore di centro destra* in Note informative, Rivista di informazione e approfondimento sulle tematiche giuridiche del lavoro e delle relazioni sindacali, n. 10/2010, CGIL Lombardia, Milano, 2010

<sup>669</sup> Pivetti M., *La tentata elusione ....*, op. cit., pag. 153 e ss.

generale significa tradurla in un precetto concreto sulla base di valori in qualche modo rinvenibili nella norma stessa o nell'ordinamento o nella natura delle cose.

Pertanto se la legge regola con una clausola generale o una norma elastica o indeterminata, l'esercizio di un certo potere datoriale, il giudice non può ignorare che l'esercizio di quel potere datoriale non è rimesso all'arbitrio del datore ma è regolato, sia pure mediante clausole generali<sup>670</sup>.

Se il lavoratore si rivolge al giudice deducendo che il datore di lavoro ha esercitato il suo potere violando la clausola, il giudice dovrà accertare se quell'atto espressione di esercizio del potere datoriale costituisca o meno violazione della clausola generale cioè della norma di legge che la contiene<sup>671</sup>.

In caso contrario si violerebbero non solo il principio costituzionale di soggezione del giudice solo alla legge consacrato dall'art. 101 comma 2 Cost. ma anche il principio di cui all'art. 24 in quanto il diritto delle parti di un rapporto, di poter adire il giudice per far valere i diritti derivanti da quel rapporto, implica il diritto a che il giudice possa riconoscere i diritti che la legge ad essi attribuisce.

Sembra ancora che si violerebbe l'art. 111 Cost. sul giusto processo posto che non può essere considerato giusto un processo nel quale al giudice sia precluso di applicare la legge<sup>672</sup>.

---

<sup>670</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op. cit., pag. 154 e ss.

<sup>671</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op. cit., pag. 157 e ss.

<sup>672</sup> La sacralità laica della legge ordinaria, e quindi la necessità per gli operatori del diritto di applicarla sempre e comunque nell'ordinamento interno ricorrendo a tutte le tecniche interpretative per conformare i precetti ai principi costituzionali, è oggi fortemente ridimensionata dal nuovo assetto del sistema delle fonti del diritto,

---

sovrnazionali e nazionali soprattutto alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della promozione della Carta di Nizza al rango di complesso di norme primarie della Unione Europea, con una conseguente notevole accentuazione delle procedure di dialogo e di confronto istituzionale e informale tra le Corti (giudice di merito, Cassazione, Corte costituzionale e Corte di Giustizia) per la individuazione, definizione e applicazione di regole sostanziali e processuali "condivise" negli obiettivi e omogenee nelle soluzioni.

Il processo di "internalizzazione" e "europeizzazione" della Costituzione o di costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario innesta un fenomeno circolare e orizzontale di formazione di un diritto eurounitario, con interazione ed osmosi sui principi tra Carte (CEDU e Carta di Nizza) e Costituzioni interne, che costringe le Corti nazionali e le Corti sovranazionali ad interagire in un sistema non più gerarchico e verticale di fonti del diritto.

Il travagliatissimo percorso della compatibilità del sistema di tutele nazionali sui diritti fondamentali e, in particolare, sui rapporti di lavoro flessibili affronta oggi con strumenti affinati la mina vagante delle disposizioni del c.d. Collegato lavoro (in particolare, gli artt. 30, 31 e 32), il D.D.L. 1441 quater-F, approvato in via definitiva il 19 ottobre c.a. dalla camera dei Deputati (nonostante ricalchi quasi integralmente il testo già censurato dal Presidente della Repubblica con motivatissimo messaggio del 4 marzo 2010), diventato la l. 4 novembre 2010, n. 183, con entrata in vigore del 24 novembre 2010. ....Soffermandoci sulla clausola generale e sui limiti ai poteri del giudice del lavoro, occorre evidenziare che, come ha affermato la giurisprudenza della Suprema Corte, se la clausola generale è una norma elastica, come nel caso dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001 (ragioni tecniche, organizzative, produttive), cioè si tratta di una disposizione che reca delle formulazioni testuali ampie, delle nozioni generali, dei termini polisensibili, essa "ha un contenuto precettivo compreso in un intervallo di interpretazioni plausibili e quindi ha una maggiore o minore potenzialità di esprimere una norma differenziata nel contenuto secondo l'opzione interpretativa del giudice. La disposizione interpretata esprime inizialmente una norma plausibile, ma intrinsecarsi alla funzione di nomofilachia devoluta a questa Corte fa sì che il contenuto di quella norma si precisa progressivamente mediante puntualizzazioni, a carattere generale ed astratto, che fa la giurisprudenza fino alla formazione di quello che viene definito come diritto vivente (i.e. la norma come vive nella riconosciuta e condivisa interpretazione giurisprudenziale)"

E' proprio la natura di norma elastica della clausola generale che ha consentito alla Corte di Cassazione nella sentenza n. 10033/2010 di definire il "contenuto" incerto dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2011, sotto il profilo della temporaneità necessaria delle ragioni oggettive che giustificano l'apposizione del termine, distinguendo in modo attenuato la specificità delle ragioni oggettive prima (esigenze eccezionali) e dopo (esigente comunque temporanee e non strutturali o permanenti) la modifica del D.L. n. 122/2008.

....Ad ogni buon conto, l'art. 30 del Collegato sulla previsione delle clausole generali, nelle ulteriori ipotesi su cui non si è formata una interpretazione giurisprudenziale che possa dare un contenuto "sostanziale" alla genericità delle previsioni, e della limitazione del potere del giudice al vaglio di legittimità è in violazione degli artt. 20 ("Uguaglianza davanti alla legge), 30 ("Tutela il caso di licenziamento ingiustificato") e 47 ("Diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale") della Carta di Nizza, oltre che, ad esempio, essere in palese contrasto

In effetti la violazione di legge è violazione (di legge) anche quando la legge contiene clausole generali o norme elastiche o indeterminate<sup>673</sup>.

Molto spesso peraltro nell'applicazione di una norma indeterminata o di una clausola generale ad una vicenda storica, la scelta del contenuto precettivo concreto da attribuire alla norma può anche implicare una diversa selezione degli elementi di fatto rilevanti per il giudizio: ne discende che giudizio di fatto e giudizio di diritto possono così risultare intrecciati e non distinguibili in base a criteri formali<sup>674</sup>.

L'accertamento del presupposto di legittimità dell'atto oggetto del giudizio include inevitabilmente l'interpretazione applicativa della clausola generale stessa.

Se il legislatore impartisce regole sostanziali sia pure espresse come clausole generali, il giudice evidentemente dovrà applicarle e quindi interpretarle.

---

con le clausole 5, n 1, prima parte e 8, n. 3, della Direttiva 1999//0/CE, come interpretata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Sorge*. Infatti il problema delle clausole generali nasce (ma non muore) con l'art. 1, comma 1 D.Lgs. n. 368/2001 e con la clausola generale di apposizione del termine per esigente "tecniche, organizzative, produttive o sostitutive".

Se il Giudice deve limitare il proprio sindacato al giudizio di legittimità delle clausole generali o delle condizioni di lavoro "volute" dalle parti, con effetto immediato sui processi (trattandosi di norma processuale), nei contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (ma anche nei contratti di somministrazione o di lavoro temporaneo), ad esempio, il requisito formale anche generico potrebbe ad alcuni essere sufficiente a legittimare l'apposizione del termine, non potendo entrare il Giudice nel merito della sussistenza delle condizioni legittimanti (quindi, in caso di impugnativa di contratti a tempo determinato, qualcuno potrebbe ipotizzare il venire meno dell'onere della prova a carico del datore di lavoro – ma anche del lavoratore - imposto dalla Giurisprudenza ormai univoca e, in particolare, da Cass. n. 12985/2008. De Michele V., *La riforma del processo del lavoro nel Collegato lavoro 2010*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1/2011, IPSOA anno XIX, p. 107 e ss.

<sup>673</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op. cit., pag. 157 e ss.

<sup>674</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op. cit., pag. 156 e ss.

Non credo che si sia voluto attribuire al giudice un controllo solo formale. Va comunque osservato che nel diritto dei privati, anche in assenza di specifiche clausole generali, nel controllo di legittimità sugli atti di esercizio del potere, è sempre implicito il controllo diretto ad accertare la loro conformità alla clausola generale di buona fede e correttezza, di fonte legislativa (1175 c.c. e art. 2 Cost.)<sup>675</sup>.

Nell'affermare che *il controllo giudiziale non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive* sembra, come qualche autore ha ritenuto, che si sia voluto evitare che i giudici potessero sostituirsi all'imprenditore sindacando le valutazioni di convenienza economica non sulla base di criteri giuridici ma di criteri appunto di convenienza economica<sup>676</sup>.

In realtà, è ovvio che le valutazioni competono al datore di lavoro anche se si tratta di valutazioni regolate dalla legge sia pur con clausole generali ma è altrettanto ovvio che non può essere precluso il sindacato del giudice sulla loro conformità alla legge. L'art. 30 c. 2 della l. 183/2010 in materia di qualificazione del contratto di lavoro afferma che questa può essere sindacata dal giudice anche secondo la sua concreta attuazione ma obbliga il giudice a non discostarsi dalle valutazioni delle parti; e ciò non solo in caso di erronea qualificazione del contratto ma anche in caso di vizi del consenso o di difformità tra il programma

---

<sup>675</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op.cit., pag. 154

<sup>676</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op.cit., pag. 154

negoziale certificato e la sua successiva attuazione<sup>677</sup>.

Il principio generale ed indefettibile come già detto è dunque quello secondo cui la qualificazione giuridica del fatto spetta sempre al giudice costituito per legge ai sensi dell'art. 25 Cost.<sup>678</sup> il quale non può subire al riguardo alcun vincolo, condizionamento o interferenza per il principio della sua soggezione solo alla legge (artt. 101 comma 2 e 24 Cost.).

Le clausole generali, che sono generalmente intese come norme elastiche, talora norme di precetto, in quanto non descrivono la fattispecie ma esprimono un precetto giuridico indeterminato, ricevono un contenuto attraverso l'intervento del giudice chiamato ad individuare la regola da applicare al caso concreto senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta e dunque, come è stato osservato in dottrina, *“le clausole generali impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: essa sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto senza un modello di decisione precostituita da una fattispecie normativa astratta. In tal modo trovano la loro collocazione anche i c.d. standards sociali dovendo il giudice disporre di un “catalogo di tipi normali di comportamento e di standards valutativi socialmente accettati che gli forniscono linee direttive, criteri orientativi per la ricerca della decisione espressa”*<sup>679</sup>.

---

<sup>677</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op.cit., pag. 152 e ss.

<sup>678</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ....., op.cit., pag. 136 e ss.

<sup>679</sup> Così Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede – Giornata di Studio – Pisa 14 giugno 1985*, Giuffrè,

Il legislatore ricorre alla tecnica delle clausole generali quando non vuole o non può cristallizzare la norma su elementi predeterminati e vuole che essa si adegui alle svariate situazioni che possono in concreto accadere e al modo di sentire che di volta in volta emerge dalla società civile<sup>680</sup>.

La clausola generale valorizza in un certo senso l'apprezzamento discrezionale del giudice<sup>681</sup>.

---

Milano, 1987, pag. 5 e ss., secondo il quale si deve riconoscere alle clausole generali la valenza di "norme di direttiva" che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno *standard* sociale che non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo, bensì indica una misura di comportamento che il giudice deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale; gli standards non verrebbero in rilievo in sé e per sé ma in quanto riconoscibili come forme esemplari, dell'esperienza sociale dei valori, non sarebbero, cioè, norme senz'altro applicabili ma piuttosto ... punti di vista, criteri direttivi per la ricerca di valori che il giudice deve poi tradurre, con un proprio giudizio valutativo, in una norma di decisione. Sul punto v. anche Fabiani E., *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards" valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in Foro It., n. 12/1999, Giuffrè, Milano, pag. 3565. E ancora, Tatarelli M., *Proporzionalità del licenziamento disciplinare e controllo in sede di legittimità*, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro n. 10/2011, Il sole 24 ore, Milano, 2011, pag. 719 e ss.

<sup>680</sup> Pivetti M., *La tentata elusione* ..., op.cit., pag. 156 e ss.; Tatarelli M., *Proporzionalità del licenziamento disciplinare* ..., op. cit., p. 723 e ss.

<sup>681</sup> cfr. sul punto Olivetti F., *La libertà del datore di lavoro e le clausole generali: un connubio difficile*, in Giur. it 3/2012, Utet giuridica, Torino, 2012 secondo il quale la dottrina ha individuato due tipi di fattispecie di clausole generali: le clausole integrative e quelle in *executivis*; queste ultime nel diritto del lavoro avrebbero la funzione di limitare la discrezionalità del datore di lavoro quando non rispettano, fuori dai vincoli legali e contrattuali, dei comportamenti che hanno una loro tipicità sociale e possono costituire standard già consolidati nell'esperienza con la conseguenza che egli sarebbe soggetto solo all'accertamento di un eventuale comportamento anormale (venire *contra factum*); qualora invece si considerassero le clausole generali come integrative, cioè come una esplicitazione nel caso concreto dei principi generali rispetto ai quali esse assumono funzione complementare che permette al giudice di procedere alla "concretizzazione della norma", allora il controllo sui poteri datoriali si estenderebbe ben oltre la conformità agli standard di comportamento riconosciuti e potrebbe portare alla adozione di criteri estrapolati aliunde che vincolano il datore di lavoro; vedi anche Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in Diritto delle relazioni industriali, Giuffrè, Milano, 1991, 1; ID *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in Dir.lav.merc., E.S., Napoli, 2009, I, 37; Mengoni L., *Spunti per una teoria delle*



Se è vero che il controllo del giudice riguarda esclusivamente il controllo di legittimità sull' esercizio dei poteri datoriali ed è quindi limitato alla verifica della rispondenza delle determinazioni adottate, alle regole legali o contrattuali che delimitano i poteri stessi è altrettanto vero che le clausole generali permettono al giudice di valutare la conformità dell'operato del datore di lavoro alla volontà della legge<sup>682</sup>.

Se un datore di lavoro sanziona un dipendente (gli infligge alcuni giorni di sospensione o una multa) e quest'ultimo si rivolge al giudice per l'annullamento della sanzione deducendo l'insussistenza dei fatti contestati, il giudice è chiamato a verificare, oltre al rispetto delle forme (ad esempio, la corretta applicazione della procedura disciplinare prevista dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori) se tali fatti sussistono o meno: entra per questa via nel merito della scelta imprenditoriale<sup>683</sup>.

---

*clausole generali*, op. cit., 12. La dottrina ha chiarito che le clausole in executivis se non possono costituire la base per un modello di decisione precostituito che potrebbe addirittura portare ad un decisionismo giudiziario che esalta la creatività del giudice, è pur vero che comunque possono garantire un adeguamento ed una elasticità maggiore alle norme astratte.

<sup>682</sup> Tatarelli M., *Proporzionalità del licenziamento* ..., op. cit. pag. 721.

La verifica dell'effettiva compatibilità tra le scelte aziendali e la normativa legale e contrattuale è volta ad accertare in particolar modo se una misura adottata (licenziamento) non nasconde intenti discriminatori o punitivi, considerando tuttavia che come evidenzia la Suprema Corte di Cassazione (sentenza n. 6559 del 18 marzo 2010) “il giustificato motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni tecniche, organizzative produttive è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.”.

<sup>683</sup> Bisogna andare al di là della motivazione “forarla” tutte le volte in cui questa pur formalmente ineccepibile e quindi tale da rappresentare una azione corretta e legittima copre in realtà motivi effettivi che non sono affatto di questo tipo e quindi non idonei a sostenere il provvedimento. Scoca F.G., *Sul trattamento giurisprudenziale* ..., op. cit., pag. 120 e ss.

In caso di soppressione del posto di lavoro per inutilizzabilità della prestazione lavorativa, il sindacato in ordine alle componenti organizzative, produttive e tecniche da parte del giudice, appare essenziale anche per quanto riguarda una eventuale ricollocazione del dipendente e riutilizzazione della sua prestazione lavorativa (magari in mansioni diverse da quelle pregresse).

Certo, il riferimento dell'art. 30 comma 1 al trasferimento d'azienda e recesso, all'instaurazione del rapporto di lavoro e ancor più all'insieme dei poteri datoriali, sembra lasciare in realtà un amplissimo potere in capo all'imprenditore determinando un'estrema difficoltà nel sindacarne lo sconfinamento e/o la illegittimità e quindi ampio spazio alla possibilità di comportamenti arbitrari e di abuso di posizione dominante a danno del lavoratore con conseguente violazione di quei "principi dell'ordinamento" (Costituzione, normativa comunitaria) ai quali lo stesso art. 30 comma 1 fa riferimento.

La nuova disciplina fa salvi in ogni caso "i principi generali dell'ordinamento" che naturalmente non consentono in alcun modo la punizione di una persona senza il concreto riscontro degli addebiti.

Secondo parte della dottrina<sup>684</sup>, lascia molto perplessi il riferimento, nell'art. 30 comma 1 della L.183/2010, al "sindacato di merito": la contrapposizione tra quest'ultimo e quello di

---

<sup>684</sup> Varva S., *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Giornale di Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3/2011, Franco Angeli, Milano, 2011, pag. 478 e ss

legittimità è stata mutuata dal diritto amministrativo.

Tuttavia, mentre nel diritto amministrativo la distinzione ha un significato precipuo considerato che alla P.A. è demandato il compito di perseguire interessi di natura pubblica<sup>685</sup> la dialettica tra sindacato di merito e sindacato di legittimità nel diritto del lavoro è diversa poiché soltanto in una prospettiva di funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata a fini generali e superiori potrebbe essere riconosciuto all'autorità giudicante, il potere di sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'operatore privato. I soggetti non pubblici, in generale, non sono tenuti infatti al soddisfacimento di un interesse prevalentemente superiore: nel diritto dei privati ciò che conta è l'interesse personale, perseguito attraverso gli strumenti e nei limiti predisposti dal legislatore<sup>686</sup>.

Il giudice non può sostituirsi o integrare la scelta economica maturata nella sfera volitiva dell'operatore privato: se inteso in tale accezione quindi si può certamente rifiutare diritto di cittadinanza ad un "giudizio di merito" sulle scelte private.

Quanto detto peraltro non implica che gli effetti giuridici conseguenti all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata siano indifferenti per l'ordinamento: se le scelte imprenditoriali in relazione alle attività di impresa non possono essere sindacate dal giudice, ciò non impedisce affatto

---

<sup>685</sup> Su tutt'altro piano si pone la non inerente distinzione tra giudizio di merito riferito al primo grado e all'appello e giudizio di legittimità riservato alla Cassazione.

<sup>686</sup> Varva S., *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, op.cit. pag. 479

all'interprete di considerare gli effetti sfavorevoli che dalle scelte imprenditoriali discendono sulla sfera giuridico soggettiva altrui soprattutto quando è prevista una specifica disciplina imperativa posta a protezione degli interessi della controparte.

C'è da dire poi che molti dubbi possono nascere lì dove il legislatore voglia dettare restrizioni vincolanti per il giudice allorché egli è chiamato ad interpretare forme normative volutamente "elastiche"<sup>687</sup>: infatti riguardo alle clausole generali la legge riconosce al giudice un potere di controllo necessariamente più ampio rispetto a quello elaborato tradizionalmente in dottrina dal momento che un giudizio fondato sulle clausole generali consentirebbe all'interprete di predisporre argomentazioni e ragionamenti più permeabili al sentire sociale e tendenzialmente non contenibili esclusivamente nei canoni predeterminati dalla legge.

In considerazione di ciò vi è chi esplicitamente considera vano il tentativo di sottrarre ai giudici il potere di accertare i fatti ed applicare il diritto<sup>688</sup> e ritiene che le previsioni dell'art. 30 del Collegato lavoro non possono essere intese come barriere all'estensione del vaglio giudiziale ritenendo poco probabile che

---

<sup>687</sup> Cfr. Ghera E., Valente L., *Un primo commento al Collegato lavoro*, in Massimario di Giurisprudenza del lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010, pag. 867 e ss per i quali l'interpretazione delle c.d. clausole generali non può essere meramente letterale ma è necessariamente teleologica: quindi è impossibile escludere la valutazione degli interessi al cui contemperamento la norma stessa è finalizzata nonché il richiamo a valutazioni normative di rango sovraordinato (costituzionale o comunitario) o comunque di principio.

<sup>688</sup> Ballestriero M.V., *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in Lavoro&Diritto, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 3 e ss; Nogler L., *Opinioni sul collegato lavoro*, in Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali, n. 1/2011, Franco Angeli, Milano, 2011, pag.126

l'art. 30 comma 1 l.183/2010 possa incidere sulla giurisprudenza in materia di lavoro<sup>689</sup>.

C'è da dire inoltre che le discipline di singoli specifici poteri del datore di lavoro (direttivo, di trasferimento, di licenziamento ecc..) utilizzando la tecnica del limite esterno, attribuiscono al giudice la possibilità di operare un controllo giudiziale di congruenza delle scelte organizzative attuate dal datore di lavoro. Questo limite esterno che deriva dal diritto privato generale (1344 cc secondo cui *Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa di legge*) consente di sottoporre l'atto datoriale ad una ampia valutazione di non pretestuosità. Esso infatti permette di ricavare la ragione del singolo atto dal più ampio contesto di atti e comportamenti datoriali ai quali esso si collega. Il giudice cioè legge il singolo atto nell'ottica del dinamico e complessivo svolgimento delle situazioni<sup>690</sup>.

Sul piano costituzionale poi, richiamando il testo dell'art. 30 comma 1 L. 183/2010 secondo cui *il controllo giudiziale è limitato esclusivamente all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente*<sup>691</sup>, ciò è vero solo fintantoche non vengano in gioco altri diritti fondamentali di preminente

---

<sup>689</sup> Nogler L., *Opinioni sul collegato lavoro*, op.cit. pag. 127 e ss

<sup>690</sup> Nogler L., *Opinioni sul collegato lavoro*, op.cit. pag. 129 e ss; Cfr. sul punto Marinelli M., *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, in *Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Giureta, 2009, Vol. VIII, pag. 21 e ss

<sup>691</sup> Nogler L., *Opinioni sul collegato lavoro*, op.cit. pag.130

importanza rispetto al principio di libertà di iniziativa economica (art. 41 comma 1 Cost) come ad esempio il diritto a che siano previsti e assicurati i mezzi adeguati per un'esistenza libera e dignitosa di cui al comma 2 dell'art. 38 Cost.<sup>692</sup>; oppure quelli alla pari dignità sociale dei lavoratori e alla loro incolumità fisica richiamati dal comma 2 dell'art. 41 Cost.. In talune ipotesi infatti, il legislatore ben può prevedere che il giudice possa ingerirsi anche nella opportunità<sup>693</sup>, organizzativa e/o economica della decisione datoriale limitandone così l'efficacia organizzativa oppure aggravandone i costi monetari<sup>694</sup>.

Ora è vero che, in base all' art. 41 comma 1 Cost. e ai principi sulla discrezionalità amministrativa, *le valutazioni tecniche, organizzative e produttive* del datore di lavoro privato e pubblico sono comunque insindacabili e appare quindi scontata la limitazione del controllo giudiziale di merito tuttavia, la portata precettiva di tale disposizione non può prescindere dalla elaborazione in tema di abuso del diritto, culminata nella nota pronuncia della corte di legittimità<sup>695</sup> per la quale l'abuso del

---

<sup>692</sup> Secondo la Corte Costituzionale, 8.04.1983, n. 153, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) , questo principio prevale senz' altro rispetto alle esigenze di efficienza ed economicità dei costi dell'impresa.

<sup>693</sup> Cfr. Cass.civ.Sez.Lavoro, 25.10.2011, n. 22129, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) secondo cui *l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare le clausole generali ...che dettano tipiche "norme elastiche", non sfugge ad una verifica in sede di legittimità sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della clausola generale, poiché l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca.* Nogler L., *Opinioni sul collegato lavoro*, op.cit. pag. 130

<sup>694</sup> Costantino G., *Opinioni sul collegato lavoro*, in *Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 1/2011, pag. 150 e ss

<sup>695</sup> Cass. civ. Sez. III. 18.09.2009,n. 20106 in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it)

diritto presuppone l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto al fine di conseguire obiettivi diversi da quelli indicati dal legislatore. Pertanto nella sfera di valutazione del giudice investito di una controversia contrattuale è ammissibile un controllo di ragionevolezza, in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti.

La limitazione del potere giudiziario nel merito *delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive* del datore di lavoro, privato e pubblico, in conclusione, per un verso non sembra destinato ad operare di fronte a valori fondamentali e a diritti inderogabili, per un altro, ci sembra, confermerebbe l'esigenza di contemperamento, ai sensi dell' art. 41 comma 1 e 2 Cost., tra l'iniziativa economica privata o la discrezionalità della pubblica amministrazione, da una parte e i diritti fondamentali dei prestatori di lavoro dall'altra; contemperamento inevitabilmente

---

secondo cui *In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè delle reciproche lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto così come alla sua formazione, alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase. Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1375 cc) quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto...L'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza costituisce infatti un autonomo dovere giuridico espressione del più generale principio di solidarietà sociale la cui costituzionalizzazione è oramai pacifica....In questa prospettiva, il criterio di buona fede costituisce strumento per il giudice atto a controllare anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi....La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione...L'irrelevanza per il diritto, delle ragioni che sono a monte della conclusione ed esecuzione di un determinato rapporto negoziale, non esclude ma anzi prevede un controllo da parte del giudice al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza.*

affidato all'esercizio in concreto dei poteri del giudice<sup>696</sup> anche se naturalmente non esistono poteri datoriali assolutamente discrezionali, come tali liberamente esercitabili e insindacabili, in quanto ogni atto che modifichi in senso peggiorativo le condizioni di lavoro, deve essere sorretto da correttezza e buona fede: in sostanza deve essere fondato su una ragione giustificativa oggettiva della cui allegazione e prova è onerato il datore di lavoro quale condizione di legittimità del provvedimento adottato<sup>697</sup>.

In ultimo occorre riportare un indirizzo dottrinario<sup>698</sup> che attribuisce al principio di correttezza e buona fede valore normativo e funzionale di regola di governo della discrezionalità per vietarne l'abuso ed un altro ancora secondo cui il criterio di buona fede, ormai costituzionalizzato, rappresenta per il giudice uno strumento di controllo, in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusti equilibrio degli opposti interessi onde che la sua violazione o la tenuta di comportamenti atipici, anche connessi all'esercizio improprio o vessatorio di facoltà pur ricomprese nei poteri riconosciuti dall'ordinamento, configura un inadempimento e genera responsabilità contrattuale senza che sia necessario il

---

<sup>696</sup> Costantino G., *Opinioni sul collegato lavoro*, pag. 152 e ss

<sup>697</sup> Tatarelli M., *Poteri liberi e controllo giudiziale* (Nota a Cass.civ., Sez. Lav., 11 novembre 2011, n. 23673), in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 3/2012, Il Sole 24 ore, Milano, 2012, pag. 226 e ss

<sup>698</sup> Si veda in particolare Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2007, 560 secondo cui "sarebbe gravemente errato sostenere che il comportamento scorretto è fonte di responsabilità solo se nel contempo viola un diritto altrui già direttamente protetto da una norma giuridica, in tal modo riducendo il principio di correttezza ad una formula priva di autonoma cogenza.



proposito doloso di recare pregiudizio alla controparte<sup>699</sup>.

L'evoluzione interpretativa che sembra emergere dai più recenti interventi del giudice di legittimità può consentirci di affermare che correttezza e buona fede sono ormai intese non solo come mezzo di integrazione del contratto ma anche come limite generale dell'autonomia privata sotto forma del controllo del contenuto dell'equilibrio e della congruità causale degli atti che interferiscono sulla posizione di ciascun contraente. Esse quindi sono destinate ad esercitare un ruolo sempre più determinante per la soluzione delle controversie contrattuali<sup>700</sup>. Soprattutto perchè non si possono tenere rigorosamente separati, nell'attuale assetto normativo e in presenza di clausole generali, i presupposti di legittimità e le valutazioni datoriali quasi si trattassero di settori incomunicabili.

Sappiamo infatti che le norme elastiche come quelle in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, contratto a termine ecc., sono norme il cui contenuto elastico richiede giudizi di valore in sede applicativa<sup>701</sup> pertanto il giudice interpretando ed applicando una norma elastica compie una attività di integrazione giuridica e non meramente fattuale della stessa in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato

---

<sup>699</sup> Tatarelli M., *Poteri liberi e controllo giudiziale*, op.cit. pag. 227

<sup>700</sup> Cfr. sul punto Cass. Civ. Sez.Lav.,25 gennaio 2011 , n. 1699; Cass.civ. .Sez. Lav. ,11.11.2011, n. 23673; Cass.civ. Sez. Lav. ,29.08.2011, n. 17716;Cass. Civ. Sez. Lav. , 28.03.2011, n. 7046, tutte in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) ; Tatarelli M., *Poteri liberi e controllo giudiziale*, op.cit. pag. 227 e ss

<sup>701</sup> Fabiani F., *Sindacato della Corte di Cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, Foro It., Giuffrè, Milano, 1999, I, 893

contesto storico-sociale.

Deve ritenersi dunque che precludere al giudice qualsiasi sindacato non solo sulla bontà ed opportunità delle scelte datoriali ma anche sulla conformità delle stesse ai principi dell'ordinamento e agli standards di civiltà del lavoro significa precludergli quel sindacato strettamente funzionale alla individuazione dei presupposti di legittimità: in questo caso al giudice sarebbe permessa unicamente una interpretazione meramente formalistica volta a prendere atto delle scelte datoriali espressione della libertà di iniziativa economica ed incasellarle, cioè semplicemente sussumerle tal quali, previa solo una valutazione di veridicità e non pretestuosità della giusta causa, del giustificato motivo, delle specifiche ragioni produttive, organizzative ecc.<sup>702</sup>.

Il giudice del lavoro che il legislatore vuole giudice di legittimità, al pari del giudice amministrativo è quindi giudice prima di tutto del fatto<sup>703</sup> e in quanto tale non può non accertarlo e anzi ha il dovere di farlo soprattutto quando si tratta di applicare una clausola generale.

Peraltro, l'accertamento dei presupposti di legittimità è già in sé controllo perchè significa accertare se i fatti stanno come sostiene il datore di lavoro.

Di recente, tuttavia, l'art. 30 comma 1 è stato modificato dall'art.

---

<sup>702</sup> Alleva P., *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo*, [www.cgil.it](http://www.cgil.it); cfr. Centofanti S., *Le norme non promulgate di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 4/2010, Ipsoa, Milano, 2010, pag. 341

<sup>703</sup> Cfr. Iannotta L., *Materia e forma*, op. cit., pag. 24 e ss.

1 comma 43 della legge 28 Giugno 2012, n. 92<sup>704</sup>, c.d. legge Fornero.

Nell'ottica di ridurre ulteriormente il contenzioso, l'art. 1, comma 43, L. 92/2012 è intervenuto per aggiungere all'art. 30 comma 1 della legge 4 novembre 2010 n. 183 (c.d. "Collegato lavoro") un nuovo periodo che introduce in effetti uno specifico regime sanzionatorio.

L'art. 1 comma 43 della L. 92/2012, infatti inserisce ora alla norma in commento una ulteriore precisazione al fine di sancire che la violazione dei limiti al sindacato giudiziale di merito sulle valutazioni datoriali di tipo tecnico, organizzativo e produttivo, *costituiscono motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto*.

Esattamente l'art. 1 comma 43 dispone che *L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto*.

Se dunque il giudice adito dovesse non attenersi ai vincoli imposti dall'art. 30, comma 1, della legge 183/2010, il datore di lavoro che ritenga di aver subito un pregiudizio dalla attività di accertamento di merito da parte del giudice, potrà impugnare la relativa sentenza con ricorso in Cassazione per inosservanza

---

<sup>704</sup> L. 28.6.2012, n. 92 (*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*) come modificato dalla L. 7 Agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 23 giugno 2012 n. 83 (Decreto crescita e sviluppo), pubblicato nella G.U. 3 luglio 2012, n. 153, S.O.e ed entrato in vigore in data 18 luglio 2012.

delle norme di diritto, ai sensi dell'art. 360, comma 1, c.p.c..

Sembra dalla lettura della norma che ancora una volta le facoltà del giudice del lavoro siano limitate dalla legge di riforma del mercato del lavoro.

Già il giudice nell'ambito del proprio giudizio si trovava innanzi due ostacoli: da una parte le infinite questioni di ordine produttivo, organizzativo e funzionale che il datore può addurre per sostenere le sue ragioni; dall'altra la giurisprudenza, consistente soprattutto in sentenze della Cassazione, che ha stabilito che le ragioni economiche addotte per un licenziamento sono insindacabili in forza dell'art. 41 della Costituzione per il quale l'iniziativa economica privata è libera a meno che il giudice non scopra nella motivazione o nei documenti esibiti come prova dall'impresa, un falso clamoroso. La facoltà del giudice poi, dopo essere stata limitata dall'art. 30 comma 1 della L.183/2010, risulta altresì indebolita dall'art. 1 comma 43 della L. 92/2012 che, per favorire la libertà di iniziativa economica privata, ha palesemente ristretto l'area della tutela del lavoratore (specie di quella reale) come peraltro risulta dalla Scheda di lettura della legge di riforma del mercato del lavoro contenuta nel dossier di documentazione della Camera dei Deputati - XVI Legislatura (*...I commi 42 e 43 modificano la disciplina relativa alla tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, prevedendo una riduzione dell' area della tutela reale*).

E' costante l'insegnamento della Cassazione secondo cui nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, è

sindacabile solo l'effettività della libera scelta economico-organizzativa presupposta e il nesso causale con il licenziamento così motivato<sup>705</sup>. Riguardo al licenziamento collettivo è ribadito che la decisione riduttiva dell'organico o di cessazione dell'attività non è sindacabile dal giudice che può verificare solo la sua effettività, il rispetto della procedura e dei criteri di scelta. Ma a seguito di diverse pronunce contrarie il legislatore ha ritenuto di dover intervenire per richiamare all'ordine costituzionale i giudici vietando loro di controllare "il merito" delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente, essendo consentito il controllo solo sul "presupposto di legittimità", cioè sulla effettività delle scelte economico-organizzative e sul nesso di causalità tra queste e l'atto di esercizio del potere (art. 30 comma 1 L. 183/2010)<sup>706</sup>.

L'intervento legislativo non è stato ritenuto molto efficace se ora, con la legge Fornero si specifica che l'inosservanza della ricordata generale disposizione in materia di limiti al sindacato di merito, costituisce motivo di impugnazione per violazione delle norme di diritto (art. 1 comma 43 L. 92/2012).

D' ora in poi cioè la Cassazione dovrà prendere posizione sugli "eccessi" dei giudici di merito non potendo più relegarli tra le questioni attinenti al convincimento in fatto poiché la norma vieta che questo si formi. Si configura pertanto un vizio di puro

---

<sup>705</sup> Vallebona A., *L'insindacabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro*, in *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, pag. 73 e ss

<sup>706</sup> Vallebona A., *L'insindacabilità delle scelte ...op cit.*, pag. 74 e ss

diritto denunziato come tale ai sensi dell'art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c. e la Suprema Corte dovrà ora limitarsi a verificare se la sentenza impugnata abbia o meno rispettato integralmente le libere determinazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro<sup>707</sup>.

Secondo altra parte della dottrina<sup>708</sup>, l'art. 30 comma 1, risulta corroborato e ampliato nella sua portata originaria dal momento che il potere di sindacato del giudice sulla legittimità delle ragioni poste a fondamento delle scelte datoriali (licenziamento, trasferimento, demansionamento) finisce per essere un controllo più formale ed estrinseco che sostanziale simile, per certi aspetti, al sindacato generale di legittimità del giudice amministrativo sull'*agere publicum*.

Siffatta costrizione, particolarmente incisiva riguardo all'esercizio del potere del datore di lavoro, limitando una più penetrante verifica delle ragioni postulate dalle parti a loro sostegno, costituisce un ulteriore limite al tipo di tutela accordabile a seguito della riscrittura dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

A mio avviso, l'introduzione di questo nuovo periodo che prevede uno specifico regime sanzionatorio nel caso di violazione da parte del giudice dei limiti imposti dall'art. 30

---

<sup>707</sup> Vallebona A., *L'insindacabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro*, op.cit. pag. 76 e ss

<sup>708</sup> Cosmei P., *L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione*, Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e l. n. 134/2012), (a cura di Carinci F. e Miscione M.), in *Diritto e pratica del lavoro*, Ipsoa, Milano, supplemento al n. 33/201.

comma 1, ha rafforzato ulteriormente il valore costituzionalmente garantito della libertà di iniziativa economica privata a discapito però degli altri principi protetti dalla Costituzione: l'art. 24 comma 1, l'art. 101 comma 2, l'art. 111 e ancora il principio fondamentale di cui all'art. 38 comma 2<sup>709</sup> quello alla pari dignità sociale dei lavoratori e alla loro incolumità fisica richiamati dall' art. 41 comma 2 e i generali principi di solidarietà sociale e di eguaglianza sostanziale cui all'art 2 e 3 comma 2<sup>710</sup> di cui si è detto.

---

<sup>709</sup> Art. 24, comma 1: *Tutti posso agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

Art. 101, comma 2: *I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*

Art. 111, commi 1 e 2: *La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

*Ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*

Art. 38, comma 2: *I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria.*

<sup>710</sup> L'art. 2 Cost., insieme all'art. 3 comma 2 (*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*) che proclama il c.d. principio di eguaglianza sostanziale, definisce la cornice unificante di un catalogo di diritti costituzionali assai articolato. In particolare il rilievo testuale che l'art. 2 riserva allo svolgimento della personalità individuale, alla dimensione sociale dell'esistenza e ai corrispondenti doveri di solidarietà contribuisce a sottolineare l'attenzione della Carta Costituzionale alle reali condizioni di vita nelle quali si sviluppa la libertà individuale e alla rimozione delle diseguaglianze di fatto che ostacolano l'effettivo godimento dei diritti costituzionali. Dall'ampiezza del catalogo e del contenuto dei diritti costituzionali e dal collegamento di questi con i principi informatori della Carta costituzionale, discende l'ulteriore conseguenza che i diritti operano non solo nei rapporti tra soggetto privato e poteri pubblici ma altresì erga omnes come principi informatori dei rapporti tra i privati. La Costituzione ha abbandonato la concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi e l'art. 2 in stretto collegamento con l'art. 3 comma 2 Cost. ha affermato la piena efficacia della Costituzione nella società civile e l'immediata operatività delle sue norme nei rapporti tra i singoli e qualsiasi potere, pubblico o privato che sia, e quindi anche nei confronti di privati, e di organizzazioni e gruppi privati che non detengono alcun potere istituzionale.

In particolare, sembra proprio che in contrasto con gli artt. 24, comma 1, 101, comma 2 e 111 Cost., il legislatore voglia limitare il diritto di azione giurisdizionale disincentivando il ricorso alla magistratura del lavoro<sup>711</sup>. Ma, come si è cercato di evidenziare, la limitazione del potere giudiziale di controllo nel merito delle “valutazioni tecniche, organizzative e produttive” del datore di lavoro pubblico o privato, non può eliminare valori fondamentali e diritti inderogabili del lavoratore<sup>712</sup>. La modifica apportata dall’art. 30 comma 1 non può eliminare l’esigenza sempre necessariamente presente di contemperare ai sensi dell’ art. 41 comma 1 e 2 della Costituzione, l’iniziativa economica privata con i diritti fondamentali dei lavoratori<sup>713</sup>; contemperamento che inevitabilmente non può che essere affidato al concreto esercizio dei poteri del giudice<sup>714</sup>.

Come si afferma in dottrina<sup>715</sup>, la funzione istituzionale del giudice del lavoro non può essere solo di mera verifica di legittimità dei comportamenti aziendali proprio per la presenza di clausole generali che implicano inevitabilmente, in

---

<sup>711</sup> Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011

<sup>712</sup> Sul punto vedi Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet giuridica, Torino, 2009, pag. 549, secondo il quale se con i principi generali ci si intende riferire a principi di valenza costituzionale, non sono individuabili indicazioni che stabiliscono che il Giudice e segnatamente quello del lavoro, debba limitarsi esclusivamente ad un esame di mera legittimità - o meglio puramente estrinseco, degli atti di gestione di impresa. Anzi l’assetto costituzionale colloca gli interessi dell’impresa all’interno di una visione sistematica dei molteplici valori da perseguire tra i quali preminenti sono quelli riconducibili al mondo del lavoro.

<sup>713</sup> Cfr. Nogler L., *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 129/2011, Franco Angeli, Milano, 2011, pag. 129

<sup>714</sup> Costantini G., *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n.129/2011, Franco Angeli, Milano, 2011, pag. 140

<sup>715</sup> Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, op.cit., pag. 15



considerazione della indeterminatezza che le caratterizza<sup>716</sup>, una valutazione di merito della questione controversa: è proprio il livello di indeterminatezza infatti a costituire una condizione necessaria alla loro corretta interpretazione attraverso il controllo giurisdizionale sulle modalità applicative al caso concreto.

Sembra emergere chiaramente dalla lettura della norma in commento (art. 30 comma 1 legge 183/2010) quindi l'equivoco nel quale è incorso il legislatore che ha abbinato alla formula "clausole generali" la delimitazione della funzione giurisdizionale, ristretta, ad una mera verifica di legittimità.

Tale equivoco non sembra essere stato superato dalla Legge Fornero che anzi lo ha accentuato attraverso la previsione di uno strumento sanzionatorio al fine di impedire, così sembra, che attraverso le clausole generali la valutazione del giudice possa investire bontà e opportunità delle scelte datoriali<sup>717</sup>.

---

<sup>716</sup> Per la giurisprudenza, sono clausole generali quelle poste da "una disposizione di limitato contenuto, delineante un modello generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama. Sala G., *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, Maggio 2012, Utet giuridica, Torino, 2012; cfr. Cass. Civ. Sez. Lav., 2 marzo 2011, n. 5095, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>717</sup> Come afferma Rescigno P., *Una nuova stagione per le clausole generali*, *Giur.it.*, Utet Giuridica, Torino, 2011, le clausole generali rappresentano uno strumento ineliminabile nella tecnica legislativa ed indispensabile alla attività del giudice. Bisogna quindi abbandonare il pregiudizio che attraverso norme a contenuto elastico ed indeterminato ai giudici possa favorirsi l'arbitrio o la pretesa creativa del diritto. Locuzioni come "correttezza", "buona fede", "lealtà", "buon costume" appaiono indispensabili nella società moderna ed anzi meglio rispondenti alla pluralità di tradizioni e orientamenti che in essa convivono. Ed ancora, secondo D'Amico G., *Clausole generali e controllo del giudice*, *Giur. It.*, Utet Giuridica, Torino, 2011, le clausole generali costituiscono una tecnica legislativa praticamente ineliminabile al punto che sarebbe ingenua una prospettazione del problema delle clausole generali che ponesse tra le domande rilevanti l'alternativa "Clausole generali: sì o no?" perché nessun ordinamento può fare a meno di ricorrere a clausole generali.

Risulta evidente la pretesa di tenere rigorosamente separati nell'attuale assetto normativo e in presenza di clausole generali, i presupposti di legittimità e le valutazioni datoriali quasi si trattasse di settori incomunicabili, l'uno riservato al potere giurisdizionale, l'altro al potere esclusivo del datore di lavoro. Ma come già ampiamente detto nel precedente capitolo, limitare i poteri del giudice in presenza di clausole generali sarebbe una contraddizione in termini.

Con le clausole generali il legislatore delega al giudice una scelta assiologica poiché il loro contenuto richiede necessariamente giudizi di valore in sede applicativa<sup>718</sup>. Il giudice interpretando e applicando una clausola generale compie una attività di integrazione giuridica e non meramente fattuale della norma in quanto dà concretezza a quella parte "mobile" della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale<sup>719</sup>.

Il giudizio valutativo in sede di legittimità, e quindi di integrazione giuridica del giudizio di merito deve conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento anche ad una serie di standards valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai

---

<sup>718</sup> Cfr. Fabiani E., *Sindacato della Corte di Cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, Foro Italiano, Giuffrè, Milano, 1999, I

<sup>719</sup> Cfr. Mazzotta O., (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, secondo il quale le clausole generali ...rinviano a loro volta ad altri concetti aperti: la fiducia, l'intuito personae, la produzione, l'organizzazione, l'iniziativa economica. In esse, a differenza di altre nozioni giuridiche a contenuto variabile (standard, direttive, norme generali) l'indeterminatezza ha carattere intenzionale e risponde alla volontà del legislatore di sospendere il giudizio, rinviandone la soluzione ad una diversa autorità. Ne viene fuori un quadro in cui il giudice deve farsi interprete di regole non scritte ma ugualmente rilevanti nell'ambiente sociale di riferimento.

predetti principi compongono il diritto vivente e, in materia di rapporti di lavoro, la c.d. civiltà del lavoro.

A differenza delle disposizioni che sono formulate secondo la modalità della definizione puntuale della fattispecie legale conforme al fatto della vita, le disposizioni formulate con ricorso alla tecnica delle clausole generali, affidano al giudice non soltanto il compito di fissare la regola della decisione in base ad una scelta fra i plurimi risultati ermeneutici variamente compatibili con la disposizione da interpretare, ma gli delegano un ruolo determinante di produzione del diritto che varia a contatto con il fatto, con i limiti segnati dal contenuto stesso delle clausole e dalla necessaria loro coerenza con le plurime razionalità dei sistemi e dei sottosistemi in cui si articola un complessivo ordine giuridico<sup>720</sup>

Sembra limitativo affermare quindi che in presenza di clausole generali il giudice dovrà accertare solo il presupposto di legittimità delle scelte datoriali se si pensa che presupposti di legittimità, per esempio, del recesso sono quelli (giusta causa e giustificato motivo) il cui contenuto va di volta in volta riempito attraverso l'attività di integrazione giuridica demandata al giudice.

Qualunque sia il tratto semantico delle clausole generali<sup>721</sup>, dottrina e giurisprudenza sono in effetti concordi nel sostenere

---

<sup>720</sup> Breccia U., *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro* (a cura di O. Mazzotta), Giappichelli, Torino, 2009, pag. 22

<sup>721</sup> Cfr. Velluzzi V. *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica e Politica*, EUT, 2006, I

che la determinazione del significato delle clausole generali richiede una integrazione valutativa e che essa avviene attraverso una delega che la stessa formulazione della clausola generale accorda all'interprete.

La dottrina ha ben evidenziato che *Nelle clausole generali vi è una delega al giudice perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono e costruita secondo i criteri che l'ordinamento stesso gli prescrive di seguire...nelle clausole generali opera la delega a ricercare valori fuori dai rigidi schemi dell'ordinamento positivo*<sup>722</sup>.

In un certo senso il giudice concorre alla costruzione della norma giuridica in cui la clausola generale, come applicabile al caso di specie, insiste quale mezzo di integrazione del dato normativo: infatti le clausole generali sono “norme di direttiva” che delegano al giudice la formazione della norma concreta di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale; la direttiva non si esaurisce nell'indicazione di uno scopo bensì indica una misura di comportamento che il giudice deve concretizzare in forma generalizzata cioè in funzione di una tipologia sociale<sup>723</sup>.

E' l'intenzionalità dell'indeterminatezza quindi, a caratterizzare

---

<sup>722</sup> Rescigno P., *Appunti sulle clausole generali*, op. cit., 1998, I, 5 e ss.

<sup>723</sup> Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede - Giornata di studio - Pisa, 14 giugno 1985*, Giuffrè, Milano, 1987, 3, 201, secondo il quale quando applica una clausola generale il giudice non dispone di un patrimonio di dati offerti dal testo normativo. Le clausole generali non descrivono una fattispecie e non sono prive di un proprio ambito operativo ... sono destinati ad operare nell'ambito di altre norme.

le clausole generali che sono appunto per questo bisognose di una interpretazione valutativa che impone all'interprete di porre in essere giudizi di valore del tutto peculiari rispetto a quello da lui compiuto ove debba applicare norme che non sono o non contengono clausole generali <sup>724</sup>.

Proprio il carattere della "indeterminatezza" del contenuto delle clausole generali tali da richiedere una "interpretazione valutativa" del giudice, mal si concilia con la limitazione dei suoi poteri volta a precludere al giudice qualsiasi sindacato sulla bontà ed opportunità delle scelte datoriali ma anche sulla conformità delle stesse ai principi dell'ordinamento e agli standards di civiltà del lavoro.

L'art. 41 Cost. afferma la libertà dell'iniziativa economica privata, ma impone la compatibilità di questo interesse con l'utilità sociale, la sicurezza, la stabilità dei rapporti e la tutela della dignità e professionalità del lavoro nelle sue molteplici manifestazioni.

Inoltre, come è stato evidenziato in dottrina <sup>725</sup>, se è consentito ridurre i livelli di tutela del lavoratore almeno entro una determinata fascia di tollerabilità sociale desumibile dallo stesso

---

<sup>724</sup> Secondo D'Amico G., *Note in tema di clausole generali*, in Iure Praesentia, Giuffrè, Milano, 1989, nell'interpretare e nell'applicare le clausole generali, il meccanismo della sussunzione opererebbe per così dire alla rovescia: mentre per le norme che non contengono clausole generali "... è il fatto concreto che va sussunto nella norma (già data)", in presenza di clausole generali "... è il giudizio di fatto (espresso sulla base di parametri extralegali: "principi dell'etica e del consumo, canoni estetici, regole economiche ecc.) a riempire il contenuto e a "concretizzare" la clausola generale.

<sup>725</sup> Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, op.cit. pag.16

testo costituzionale<sup>726</sup>, non è invece consentito incidere sulle “prerogative investigative” della magistratura che devono necessariamente attenersi a quel tanto di utilità sociale che si è materializzato nel diritto vivente<sup>727</sup>.

Appare che l’art. 30 comma1 come integrato dalla L. 92/2012 non solo giustifichi una tutela più debole nei confronti del datore di lavoro ed una maggiore attività discrezionale; ma così come formulato in realtà contrasta anche con i recenti interventi dello stesso legislatore che, con il richiamo alle clausole generali conosciute dal diritto privato, tende di fatto a sostituire le rigide regole con una normativa più elastica demandando all’interprete (giudice) il completamento della fattispecie normativa, con parametri valutativi desunti da un modello di comportamento tratto dall’esperienza o comunque individuato come congruo

---

<sup>726</sup> La normativa costituzionale rappresenta rispetto al livello degli atti normativi direttamente subordinati alla Costituzione, il quadro dei contenuti fondamentali all’interno del quale si sviluppano le discipline attuative, ed il parametro della costituzionalità di queste. In forza del principio di costituzionalità, le norme costituzionali penetrano nell’ordinamento e, per il tramite del livello ordinario della legalità, vincolano il potere giudiziario (art. 101 comma 2 Cost.) e le pubbliche amministrazioni (art. 97 e 113 Cost.). Solo entro il quadro tracciato dalle norme costituzionali e nel rispetto di queste, gli atti di livello legislativo possono disciplinare le limitazioni dei diritti costituzionali.

<sup>727</sup> In questa ampia e variegata legislazione si inseriscono le clausole generali che assumono un significato pregnante in materia di lavoro attraverso le quali, il legislatore anziché definire in materia rigida e preconfezionata i parametri di legittimità di determinati comportamenti, rinvia sostanzialmente alla pratica operativa, alle prassi vigenti, alle valutazioni etico-sociali diffuse nella comunità, a giudizi di valore, vale a dire a tutta una gamma di criteri non di stretto diritto positivo ma di carattere sociale o pre-giuridico, assegnando un ruolo preminente alla magistratura, nel rendere operativi i principi e gli obiettivi che si sono delineati nell’ordinamento giuridico. Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Utet giuridica, Torino, 2009, pag. 544; cfr Mengoni L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Diritto del lavoro*, I, Di-elle, Milano, 1992; Rescigno P., *Appunti*, op.cit., pag. 6 e ss.

dall'interprete<sup>728</sup>.

Ed infatti, la complessità della realtà ha imposto la tendenza a preferire alle norme rigide e agli automatismi degli effetti, clausole elastiche che consentono di adeguare la soluzione del singolo caso al modello indicato ma non sempre definito dal legislatore.

Tra i compiti primari dell'ordinamento giuridico vi è quello di provvedere ad una efficace tutela dei diritti che in esso sono riconosciuti e garantiti.

L'esigenza di tutela è implicitamente riconosciuta nel principio di effettività: un ordinamento dicesi effettivo non solo quando è formulato in conformità alle regole che presiedono alla produzione del diritto ma quando trova concreta corrispondenza nella realtà economico-sociale.

Per "tutela dei diritti" il comune linguaggio intende la difesa del diritto a fronte della sua violazione o anche solo del pericolo di essa.

Alla espressione "tutela" di solito si aggiunge il predicato "giurisdizionale".

La tutela dei diritti appare pertanto legata con un filo doppio al processo nella cui sede si svolge la funzione giurisdizionale.

Così come formulato dal legislatore l'art. 30 comma 1 invece, appare violare il diritto di azione giurisdizionale, disincentivare il ricorso alla magistratura del lavoro privando in tal modo il lavoratore (parte del rapporto) dell'adeguato mezzo di tutela

---

<sup>728</sup> Sala G., *Le clausole generali nell'età della codificazione*, op.cit. 1193

giurisdizionale dei propri diritti<sup>729</sup> in considerazione del fatto che il concreto diritto alla tutela giurisdizionale dipende dalla sua effettività nell'ottica di una interpretazione sistematica dell'art. 24, comma 1 Cost. che si integra infatti e si collega strettamente all' art. 3 comma 2 della Costituzione<sup>730</sup>.

---

<sup>729</sup> Cfr. Di Majo A., *La tutela civile dei diritti III*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1993

<sup>730</sup> Ferraro G., *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, op.cit. pag. 15



## **BIBLIOGRAFIA**

**AA.VV.**, *L'abuso dei diritti dei lavoratori - Quesiti*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**AA.VV.**, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Cedam Padova, 1998

**AA.VV.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012

**Alleva P.**, *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo - Note critiche e proposte emendative* in [www.cgil.it](http://www.cgil.it)

**Alpa G.**, *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede, diritto giurisprudenziale*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com)

**Alpa G.**, *I principi generali*, in G.Iudica, P.Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993

**Alpa G.**, *La responsabilità civile. I principi*, Utet Giuridica, Torino, 2010

**Angeletti A.**, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3/2012, Utet Giuridica, Torino, 2012

**Antoniazzi S. – Nicoletti F.**, *Brevi riflessioni sul principio di buona fede e di tutela dell'affidamento: una recente evoluzione tra consenso e autorità nell'attività amministrativa*, in *Il diritto dell'economia* 2, Mucchi, Torino, 2001

**Antoniazzi S.**, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005

**Aprile S.**, *Protezione del lavoratore e rilevanza del bene da tutelare*, in *Diritto&Diritto*, n. 11/2001, [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

**Ascarelli T.**, *I problemi delle Società anonime per azioni*, in

Rivista delle Società, I, Giuffrè, Milano, 1956

**Avio I.**, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001

**Baccarini S.**, “Scelte” delle azioni e valutazioni della “necessità” dell’annullamento per la tutela del ricorrente, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2011 Giuffrè, Milano, 2011

**Baccarini S.**, *Giudice Amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Diritto Processale Amministrativo*, 1/2011 Giuffrè, Milano, 2011

**Bachini M.**, *Il c.d. Collegato Lavoro (L. 4 Novembre 2010 n. 183), artt. 30 e 32. Modifiche in tema di clausole generali, certificazione, impugnazione e contratti a termine*, in [www.ordineavvocatidellasperzia.it](http://www.ordineavvocatidellasperzia.it)

**Baldassarre A.**, (voce) *Iniziativa economica privata*, *Enciclopedia del diritto*, Volume XXI, Giuffrè, Milano, 1971, in [www.dirittoditutti.giuffre.it](http://www.dirittoditutti.giuffre.it)

**Baldassarre A.**, (voce) *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. XI, Treccani, Roma, 1989

**Ballestriero M.V.**, *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *Lavoro e Diritto*, 1/2009, Il Mulino, Bologna, 2009

**Balletti E.**, *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all’adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, Jovene, Napoli, 1990

**Barassi L.**, *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Giuffrè, Milano, 1930

**Barcellona M.**, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006

**Barcellona M.**, *Sul risarcimento del danno in forma specifica*, in Mazzamuto S. (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Jovene, Napoli, 1989

**Bartolomei F.**, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987

**Bassi N.**, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*,

Giuffrè, Milano, 2001

**Belviso U.**, *Il concetto di “iniziativa economica privata” nella Costituzione*, in *Rivista di diritto civile*, I/1961, Cedam, Padova, 1961

**Benassi G.**, *Clausola generale e giudice del lavoro: l'art. 30, primo comma, della legge n. 183 del 2010*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1/2012, Cedam, Padova, 2012

**Benvenuti F.**, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975

**Bertea S.**, *Certezza del diritto e ragionevolezza nella teoria della argomentazione giuridica contemporanea*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002

**Bessone M.** (a cura di), *Lineamenti di diritto privato*, VII Ed., Giappichelli, Torino, 2007

**Bessone M., D'Angelo A.**, (voce) *Buona fede*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1988

**Betti E.**, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, (1949) Giuffrè, Milano, II ed., 1971

**Bianca C.M.**, *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*, in *Foro Italiano*, Giuffrè, Milano, 1965, I

**Bianca C.M.**, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, I/1983, in *Rivista critica di diritto privato*, Jovene, Napoli, 1983

**Bianchi F. - Armentano A.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Bigliazzi Geri L.**, (voce) *Buona fede (nel diritto civile)*, in *Digesto Discipline Privatistiche (Sez. civile)*, vol. II, Utet, Torino, 1988

**Bigliazzi Geri L.**, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967

**Bigliazzi Geri L.**, *Osservazioni minime su “poteri privati” ed interessi legittimi*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, Ediesse,

Roma, 1981

**Bigliazzi Geri L.**, (voce) *Interessi legittimi*, in *Digesto - Discipline privatistiche (sez. civ.) IX*, Utet Giuridica, Torino, 1993

**Bombardelli M.**, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996

**Bonanzinga R.T.**, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)

**Bove M.**, *Il sindacato della Corte di Cassazione. Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1993

**Breccia U.**, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in O. Mazzotta (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino 2008

**Breccia U.**, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato, III*, Cedam, Padova, 1998

**Bronzini G.**, *La tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* n. 1/2012, Ediesse, Roma, 2012, p. 52 e ss.

**Buffa F.**, *I limiti al sindacato del giudice sui poteri del datore di lavoro*, in F. Buffa (a cura di) *Collegato lavoro e tutela giurisdizionale*, Quaderni del Massimario, n. 1/2011

**Buoncrisiano M.**, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1998

**Burdese A.**, (voce) *Exceptio Doli (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Utet, Torino, 1960

**Burdese A.**, *Il concetto di giustizia nel diritto romano*, in *Annali di Storia del Diritto*, Anno XIV-XVII, Giuffrè, Milano, 1970/1973

**Caiani L.**, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954

**Cammeo F.**, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giurisprudenza Italiana*, III, Utet Giuridica, Torino, 1902

**Cannati G.**, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 133/2012, Franco Angeli, Milano, 2012

**Caranta R.**, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti della Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in E. Ferrari, M.Ramajoli, M.Sica (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2006

**Carinci M.T.**, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it)

**Carinci M.T.**, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limiti a poteri e libertà del datore di lavoro*, Cedam, Padova, 2005

**Carinci M.T.**, *Il giustificato motivo oggettivo*, Cedam, Padova 2004

**Caringella F. - De Marzo G.**, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2008

**Carnelutti F.**, *Appunti sull'ordinamento giuridico*, in *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1964

**Casetta E.**, *Buona fede e diritto amministrativo*, in Garofalo L. (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nella esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, Venezia, Treviso, 14-16 giugno 2001, Cedam, Padova 2003, vol. I

**Casetta E.**, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004

**Casillo R.**, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 71-2008

**Castronuovo C.**, *L'avventura delle clausole generali*, in F.D. Busnelli (a cura di), *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano, 1987

**Cattaneo G.**, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Rivista*

trimestrale di diritto processuale civile, Giuffrè, Milano, 1971

**Cataudella M.C.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro

**Cavallaro M.C.**, *La rilevanza delle valutazioni tecniche nel procedimento di formazione del provvedimento amministrativo e i profili del sindacato giudiziario. Il caso delle ordinanze di necessità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 8/2012

**Centofanti S.**, *Le nuove norme di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori (Analisi degli art. 30,31 e 32 del disegno di legge n. 1167-B)*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 4/2010, Ipsoa, Milano, 2010

**Cerreta M.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Antonio Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Massimario di giurisprudenza del lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Cerulli Irelli V.**, *La discrezionalità nell'esercizio del potere*, in *Lineamenti del diritto amministrativo*, II edizione, Giappichelli, Torino, 2010

**Cerulli Irelli V.**, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1984

**Charmont J.**, *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, Parigi, 1902, I

**Cheli A.**, *Libertà e limiti della iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I/1960, Casa Editrice Meridionale, Napoli, 1960

**Chieppa R.**, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2004, Giuffrè, Milano, 2004

**Cinelli M.**, *Dal “Collegato 2010” alle “manovre” dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in *Rivista italiana di Diritto del Lavoro*, 4/2011, Giuffrè, Milano, 2011

**Cintioli F.**, *Consulenza tecnica d'ufficio e sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa*, in F. Caringella e M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 205/2000*, Giuffrè, Milano, 2001

**Cintioli F.**, *Giudice amministrativo, tecniche e mercato*, Giuffrè, Milano, 2005

**Cintioli F.**, *Tecniche e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2004, Giuffrè, Milano, 2004,

**Ciucciovino S. – Corazza L.**, *L'abuso dei diritti dei lavoratori - Quesiti*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012

**Cognetti S.**, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet Giuridica, Torino, 2012

**Comoglio L.P.**, *Rapporti civili. Articolo 24*, in G. Branca – A. Scialoja (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981

**Conforti V., Caccavo R.**, *Abuso del diritto e libertà di iniziativa economica* in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), Aprile 2011

**Cortese F.** *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/2012, Ipsoa, Milano 2012

**Cosio R.**, *Il controllo giudiziale sulle clausole generali nel diritto del lavoro: a proposito del co. 1 dell'art. 30 del "collegato lavoro"*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 4/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Cosmei P.**, *L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione*, *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e l. n. 134/2012)*, (a cura di F. Carinci e M. Miscione), in *Diritto e pratica del lavoro*, IPSOA, Milano, supplemento al n. 33/2012

**Costantino G.**, *Opinioni sul collegato lavoro*, in *Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1/2011, Franco Angeli, Milano, 2011



**Cudia C.**, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela - Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008

**D'Amico G.**, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet Giuridica, Torino, 2011

**D'Amico G.**, *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, Giuffrè, Milano, 1989

**D'Amico G.**, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, IPSOA, Milano, 2010

**D'Antona M.**, *Tutela reale nel posto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, Vol. XXXI, Treccani, Roma, 1994,

**Dabin J.**, *L'abus de droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, Belgique Judiciaire, 1921

**Dajczak W.**, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol III, Cedam, Padova, 2003

**D'Amelio M.**, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol I, Utet, Torino, 1968

**D'Angelo A.**, *Clausola generale di buona fede e integrazione del contratto* in *Il contratto in generale. La buona fede*, Giappichelli, Torino, 2004

**David R.**, (voce) *Comparazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1992, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)

**De Angelis L.**, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, I/1973, Ediesse, Roma, 1973

**De Carla R.**, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta abusando dell'abuso? Riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2010, Giuffrè, Milano, 2010

**De Cristofaro M.**, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro Italiano*, n. 6/1999, Giuffrè, Milano, 1999



**De Michele V.**, *La riforma del processo del lavoro nel Collegato lavoro 2010*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1/2011, IPSOA, Milano, 2011

**De Pretis D.**, *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, Estratto dal volume Dizionario di diritto pubblico, Vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006

**Del Signore M.**, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* in *Rivista Trimestrale di Diritto processuale amministrativo*, n. n. 1/2000, Giuffrè, Milano, 2000

**Di Francia A.**, *L'abuso del diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in Rotondi M. (a cura di), *Inchieste di diritto comparato - L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1979

**Di Majo A.**, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica di Diritto Privato*, Jovene, Napoli, 1984

**Di Majo A.**, *Delle obbligazioni in generale*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna 1988

**Di Majo A.**, *Il controllo dei c.d. poteri privati*, in *La tutela civile dei diritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1993

**Di Majo A.**, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967

**Di Majo A.**, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Il Corriere giuridico*, IPSOA, Milano, 2000

**Di Majo A.**, *La buona fede oltre il contratto*, Nota a Cass. Civ. 27.09.2001, n. 12093, in *Il Corriere Giuridico*, IPSOA, Milano, 2002

**Di Majo A.**, *La tutela civile dei diritti*, III, Giuffrè, Milano, 1993

**Di Majo A.**, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, Ediesse, Roma, 1983

**Di Majo A.**, *Problemi e metodo del diritto civile. Volume 3*, Giuffrè, Milano, 2001

**Di Martino F.**, *Storia della Costituzione Romana*, II, Jovene, Napoli, 1973

**Engisch K.**, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970

**Esposito C.**, *La Costituzione Italiana*, Cedam, Padova, 1984

**Fabiani E.**, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, "standards" valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro Italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1999

**Fabiani E.**, *Sindacato della Corte di Cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro Italiano*, I, Giuffrè, Milano, 1999

**Fanelli O.**, *Limiti dei poteri imprenditoriali nell'esercizio dell'impresa: profili giurisprudenziali*, in *Studi in memoria di D. Napoletano*, Giuffrè, Milano, 1986

**Ferrari P.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Ferraro G.**, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in G. Cinelli - G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4. Novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011

**Ferraro G.**, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Diritti lavori mercati*, I, E.S., Napoli, 2009

**Ferraro G.**, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Diritto delle relazioni industriali*, Giuffrè, Milano, 1991

**Ferraro G.**, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in Ferraro G. – Cinelli M. (a cura di), *Lavoro competitività e welfare. Commentario alla legge 24.12.2007 n. 247 e riforme correlate*, Utet Giuridica, Torino, 2008

**Ferraro G.**, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in Ferraro G. – Cinelli M. (a cura di), *Lavoro, competitività e welfare. Dal D.L. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Tomo II, Utet giuridica, Torino, 2009

**Ferraro G.**, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992

**Ferraro G.**, *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella*

*legislazione del lavoro*, , in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, n. 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Fiorillo L.**, *Obblighi del lavoratore*, Estratto dal Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale - Aggiornamento, Utet giuridica, Torino

**Fontana A.**, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in Il Foro Amministrativo C.d.S., n. 10/2011, Giuffrè, Milano, 2011

**Fraenkel-Haeberle C.**, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Alcione, Trento, 2008

**Franzoni M.**, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in Contratto e Impresa, Giuffrè, Milano, 1999

**Galgano F.**, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da F. Galgano), vol. I, *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977

**Galgano F.**, *Sub art. 41*, in A. Scialoja - G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981

**Gallo P.**, *Contratto e buona fede*, Utet Giuridica, Torino, 2009

**Galoppini A.M.**, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità contrattuale*, in Rivista trimestrale di diritto processuale amministrativo, Giuffrè, Milano, 1965

**Gambaro A.**, (voce) *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in Enciclopedia giuridica, I, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988

**Gazzoni F.**, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2007

**Gentili A.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012

**Gestri M.**, *Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003

**Ghera E. - Valente L.**, *Un primo commento al Collegato*

*Lavoro*, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, n. 12/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Ghera E.**, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, n. 2/1979, Franco Angeli, Milano, 1979

**Giani L.**, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, E.S., Napoli, 2005

**Giannini M.S.**, *Diritto Amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1988

**Giannini M.S.**, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939

**Giannini M.S.**, (voce) *Diritto amministrativo*, in Enciclopedia del diritto, XII, Giuffrè, Milano, 1964

**Giorgianni M.**, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in Rivista trimestrale di diritto processuale amministrativo, Giuffrè, Milano, 1961

**Giorgianni V.**, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963

**Gorla G.**, (voce) *Diritto Comparato*, in Enciclopedia del diritto, XII, Giuffrè, Milano, 1964

**Graziadei M.**, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Il diritto soggettivo - Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco) Giappichelli, Torino, 2001

**Grosso G.**, (voce) *Abuso del diritto (Diritto Romano)*, in Enciclopedia del Diritto, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1956

**Grosso G.**, (voce) *Buona fede (Dir. rom.)*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1959

**Grosso G.**, (voce) *Buona fede. Premesse romanistiche*, in Enciclopedia del diritto, V, Giuffrè, Milano, 1969

**Gualazzini U.**, (voce) *Abuso del diritto (Diritto intermedio)*, in Enciclopedia del diritto, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1958

**Guarneri A.**, *Clausole generali*, in Digesto delle Discipline privatistiche (Sezione civile), II, Utet, Torino, 1998

**Iannotta L.**, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della P.A. nella giurisdizione sul*

*pubblico impiego*, E.S.I., Napoli, 1984

**Iannotta L.**, *Dialogo sul metodo: osservazioni e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003

**Iannotta L.**, *Materia e forma nel diritto amministrativo*, Relazione al Convegno *Il diritto amministrativo nella prospettiva di un ripensamento epistemologico dei saperi giuridici*, Università degli Studi di Foggia - Scuola di Specializzazione per le professioni legali, 19 e 20 Ottobre 2012 , in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

**Ichino P.**, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro, I, Continuità, elasticità e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano, 1984

**Jori P.**, *Natura e fondamento della discrezionalità delle Pubbliche Amministrazioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 1/2013

**Josserand J.**, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie ... relativité. Théorie dite l'abus des droits*, Préface de David Deroussin, Dalloz, Paris, 2006

**Lamas R.**, *Diritti fondamentali e contratti di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2/2004, Cedam, Padova, 2004

**Ledda F.**, *Determinazioni discrezionali e domanda di diritto*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. III, Mucchi, Modena, 1986

**Ledda F.**, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4/1983, Giuffrè, Milano, 1983

**Lener A.**, (voce) *Potere (Diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1964

**Levanti S.**, *Abuso del diritto* in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), Giugno 2011

**Levi G.**, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993

**Liguori F.**, *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo* in *La funzione amministrativa - Aspetti di una trasformazione*, E.S.I., Napoli, 2009

**Loi M.L., Tessitore F.**, *Buona fede e responsabilità pre-contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975

**Lombardi G.**, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967

**Lombardi G.**, *Potere privato e diritti fondamentali*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 1970

**Lombardi M.G.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Longo A.**, *Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Diritto e Società*, n. 1/2002, E.S., Napoli, 2002

**Lucchetti G.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – Il quesito*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro

**Luciani M.**, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983

**Luzzatto G.I.**, (voce) *Dolo Diritto Romano*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1974

**Magno P.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012

**Maisano A.**, *L'eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1968

**Mandrioli V.**, *Controllo giurisdizionale sull'esercizio di alcuni poteri giurisdizionali del datore di lavoro*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1983

**Manetti M.**, *La libertà eguale nella Costituzione Italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2009, Giuffrè, Milano, 2009

**Manganaro F.**, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2010, Giuffrè, Milano, 2010

**Manganaro F.**, *Principio di buona fede e attività delle*

*amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli, 1995

**Maresca A.**, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 28/1985, Franco Angeli, Milano, 1985

**Marinelli M.**, *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. VIII, Giureta, Palermo, 2009

**Marino I.M.**, *Profili giuridici della democrazia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto e Processo amministrativo*, ESI, Napoli, n. 1/2012

**Marrazza M.**, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione del contratto di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011

**Martines M.P.**, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006

**Marzuoli C.**, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche della Università degli studi di Brescia a cura di Vera Parisio, Giuffrè, Milano, 1998

**Marzuoli C.**, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985

**Massera A.**, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2010, Giuffrè, Milano, 2010

**Massera A.**, *Santi Romano tra "diritto pubblico" e "ordinamento giuridico". A proposito di: Santi Romano, Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, in *Quaderni fiorentini*, n. 18/1989

**Mattarella B.G.**, (voce) *Discrezionalità amministrativa*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006.

**Mazziotti F.**, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974

**Mazzoni C.M.**, (voce) *Iniziativa economica privata*, in

Novissimo Digesto Discipline Privatistiche (Appendice), Vol. IV, Utet, Torino, 1983

**Mazzotta O.**, (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008

**Mazzotta O.**, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2004, Il Mulino, Bologna, 2004

**Mengoni L.**, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Diritto del lavoro*, I, Di-elle, Milano, 1992

**Mengoni L.**, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1982

**Mengoni L.**, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede - Giornata di studio - Pisa, 14 giugno 1985*, Giuffrè, Milano, 1987

**Merusi F.**, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della "alternanza"*, *Rivista di Diritto Civile*, I, Cedam, Padova, 2001

**Merusi F.**, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Periodico Giurisprudenza Italiana*, n. 5/2012, Utet, Torino, 2012

**Merusi F.**, *Integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa*, in *Rivista di Diritto Amministrativo*, n. 1/2009, Giuffrè, Milano, 2009

**Merusi F.**, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano 1970

**Merusi F.**, *Le leggi del mercato: innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002

**Merusi F.**, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 4/2004, Giuffrè, Milano, 2004

**Merusi F.**, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in F. Francario (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 2003

**Meruzzi G.**, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005



- Messina M.**, *L'abuso del diritto*, E.S.I., Napoli, 2003
- Messinetti D.**, *Abuso del diritto*, in Enciclopedia del diritto - Aggiornamento, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1998
- Micco L.**, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1966
- Minervini G.**, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in Rivista di diritto civile, I, Cedam, Padova, 1958
- Minervini A.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010
- Miscione M.**, *Il collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in Il lavoro nella giurisprudenza, n. 1/2011, IPSOA, Milano, 2011
- Modugno F.**, (voce) *Principi generali dell'ordinamento*, in Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XXIV, Roma, 1991
- Monateri G.**, *Diritto soggettivo*, in Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione civile, Vol. IV, Utet, Torino, 1990
- Monateri P.G.**, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà. Un saggio di Comparative Law and Economics*, in Diritto privato, Cacucci, Bari, 1997
- Morbidelli G.**, (voce) *Iniziativa economica privata*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XVII, Roma, 1989
- Morone A.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010
- Musatti R.**, *Note sul collegato lavoro: prime impressioni sull'art. 30*, in D&L Rivista critica di diritto del lavoro, n. 4/2010, Milano, 2010
- Musio I.**, *Breve analisi comparata della buona fede*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it)
- Natoli U.**, *Il diritto soggettivo*, Giuffrè, Milano, 1943
- Natoli U.**, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in A. Cicu - F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*,

vol. I, Giuffrè, Milano, 1984

**Natoli U.**, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955

**Natoli U.**, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, 1958

**Natoli U.**, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Diritto e Lavoro*, I, 1956,

**Nigro C.**, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giustizia civile*, n. 11/2010, Giuffrè, Milano, 2010

**Nigro M.**, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo settore*, in *Politica del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 1975

**Nocera I.L.**, *Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale "giusto"*, IANUS n. 5/2011, in [www.3unisi.it](http://www.3unisi.it)

**Nogler L.**, *La "deriva" risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Utet Giuridica, Torino, 2006

**Nogler L.**, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia 25-26 maggio 2007*, Giuffrè, Milano, 2008

**Nogler L.**, *Opinioni sul collegato lavoro*, in *Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 1/2011, Franco Angeli, Milano, 2011

**Olivetti F.**, *La libertà del datore di lavoro e le clausole generali: un connubio difficile*, in *Giurisprudenza Italiana*, 3/2012, Utet giuridica, Torino, 2012

**Orlandi M.**, *Contro l'abuso del diritto* (a margine di Cass.civ., 18.9.2009 n. 20106), in *Rivista di diritto civile*, n. 2/2010, Cedam, Padova, 2010

**Orsi Battaglini A.**, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005

**Pagni I.**, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni*

*soggettive e rimedi nelle dinamiche della impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e delle attività amministrative*, Giuffrè, Milano, 2005

**Pajno A.**, *Il giudice delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, Milano, 3/2004

**Palma A.**, *Benignior interpretatio (Benignitas nella giurisprudenza e nella formazione da Adriano ai Severi)*, Giappichelli, Torino, 1997

**Palma A.**, *Violazione del criterio di buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Trieste, 14-16 giugno, Vol III, Cedam, Padova, 2003

**Palmieri A. – Pardolesi R.**, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *I Contratti*, Ipsoa, Milano, 2010

**Palmieri S.**, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali*, in Atti del convegno *Giustizia del lavoro e legge n. 183 del 2010*, Napoli, 4 marzo 2011

**Patti S.**, (voce) *Abuso del diritto*, in *Discipline Privatistiche (Sezione civile)*, vol. I, Utet, Torino, 1987

**Patti S.**, *La ragionevolezza nel diritto civile?*, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it)

**Pedrini F.**, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

**Pedrini F.**, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

**Pellicani G.**, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2/2010 Giuffrè, Milano, 2010

**Perfetti L.**, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica* in *Il foro amministrativo*, n. 2/2000, Giuffrè, Milano, n.

2000

**Perfetti L.**, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet giuridica, Torino, 2012

**Perlingieri G.**, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, ESI, Napoli, 2003

**Perlingieri P.**, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoli, 1972

**Persiani M.**, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in [www.dielle.it](http://www.dielle.it)

**Persiani M.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, suppl. al n. 12/2010 del Massimario di *Giurisprudenza del Lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Piccinini A. - Ponterio C.**, *La controriforma del lavoro*, in [www.dielle.it](http://www.dielle.it)

**Piepoli G.**, *Dignità e autonomia privata*, in *Politica del diritto*, n. 1/2003, Il Mulino, Bologna, 2003

**Pietrobon V.**, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990

**Pino G.**, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1/2004, Jovene, Napoli, 2004

**Pino G.**, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006

**Pioggia A.**, *Il giudice e la funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'Amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004

**Pivetti M.**, *La tentata elusione del diritto dei lavoratori ad avere un giudice*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2011, Ediesse, Roma, 2011

**Planiol M.**, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1939

**Police A.**, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2001

**Police A.**, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007

**Pompei M.**, *L'abuso del diritto è configurabile come un principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di Cassazione Civile, Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. VIII, Giureta, 2010, [www.giureta.unipa.it](http://www.giureta.unipa.it)

**Presutti E.**, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza Italiana*, IV, Utet Giuridica, Torino, 1910

**Proto Pisani A.**, *Appunti sulla c.d. tutela costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1991

**Proto Pisani A.**, *Diritto del lavoro, dignità della vita [Conclusioni lette a Bologna il 4 novembre 2006 al termine della prima sessione del convegno dallo stesso titolo organizzato dalla fondazione Carlo Maria Verardi]* in *Foro Italiano*, n. 2/2007, Giuffrè, Milano, 2007

**Pugliatti S.**, (voce) *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964

**Rescigno P.**, *Appunti sulle clausole generali*, in *Rivista del diritto commerciale*, Piccin Nuova Libreria, Padova, 1998

**Rescigno P.**, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998

**Rescigno P.**, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet Giuridica, Torino, 2011

**Restivo C.**, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007

**Rodotà S.**, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, Jovene, Napoli, 1987

**Rodotà S.**, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano, 1987

**Rodotà S.**, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969

**Rodotà S.**, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1960

**Romagnoli U.**, *Art. 1, art. 2-3, art. 8*, in *Statuto dei lavoratori. Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1978

**Romano A.**, *"L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'Amministrazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2011, Giuffrè, Milano, 2011

**Romano S.**, (voce) *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958

**Romano S.**, (voce) *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1993

**Romano S.**, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Sansoni, Firenze, 1946

**Romeo C.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012

**Roppo V.**, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001

**Rosselli F.**, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983

**Rotondi M.**, *L'abuso del diritto*, Aemulatio, Cedam, Padova, 1979

**Rotondi M.**, *L'abuso del diritto*, in *Rivista del diritto civile*, Cedam, Padova, 1923

**Ruiz A.**, *Istituzioni di diritto romano*, VIII, Jovene, Napoli, 1946

**Ruoppo E.**, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi, Bologna, 2001

**Sacco R.**, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Giappichelli, Torino, 2001

**Sacco R.**, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., *La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, Giappichelli,

Torino, 2011

**Sala G.**, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet giuridica, Torino, 2012

**Salvi C.**, (voce) *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Treccani, Roma, 1988

**Sandulli A.**, *Le valutazioni tecniche e la c.d. discrezionalità tecnica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo - Diritto Amministrativo generale*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2000

**Sandulli A.**, *Manuale di diritto amministrativo - XV Edizione*, Jovene, Napoli, 1989

**Santoro Passarelli F.**, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1980

**Santoro Passarelli G.**, *Impresa, contratto collettivo, concorsi privati*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet Giuridica, Torino, 1981, IV

**Savatier R.**, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, II vol., Tomo I, Librairie generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951

**Scarpelli F.**, *Giurisdizione, tutela dei diritti arbitrato: l'ossessione del legislatore di centro destra* in *Note informative*, *Rivista di informazione e approfondimento sulle tematiche giuridiche del lavoro e delle relazioni sindacali*, n. 10/2010, CGIL Lombardia, Milano, 2010

**Scarponi S.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in di A. Vallebona (a cura di), *Colloqui Giuridici di lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Schinaia M.F.**, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999

**Scoca F.G.**, *Tutela giurisdizionale e comportamento della Pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nella*



*esperienza giuridica storica e contemporanea (atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), vol III, Cedam, Padova, 2003*

**Scoca F.G. – Degni F.**, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 10/2006

**Scoca F.G.**, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 2/2011, Giuffrè, Milano, 2011

**Scoca F.G.**, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, n. 2/2008

**Scoca F.G.**, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998

**Scognamiglio C.**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui Giuridici di Lavoro*, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Scognamiglio R.**, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1990

**Senn P.D.**, (voce) *Buona fede (diritto romano)*, in *Digesto – Discipline Privatistiche (Sezione Civile)*, Torino, 1988

**Sigismondi G.**, *Eccesso di potere e clausole generali - Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012

**Sigismondi G.**, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: aspetti comuni e profili problematici*, in *Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2003

**Silvagna L.**, *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977

**Simenone L.**, *La nozione di giusta causa: norme elastiche e poteri interpretativi del giudice di legittimità*, in *Responsabilità civile e previdenziale*, n. 11/2011, Giuffrè, Milano, 2011

**Siotto F.**, *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, in *IANUS* 5/2011, [www.unisi.it](http://www.unisi.it)

**Smuraglia C.**, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967



**Smuraglia C.**, *Licenziamenti collettivi, interesse alla conservazione del posto ed esigenze della impresa nell'individuazione dei lavoratori da licenziare*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, Ediesse, Roma, 1968

**Sorrentino S.**, *Giudizio di buona fede e rapporto di locazione*, nota Cass. 11 febbraio 2005 n 2855, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet Giuridica, Torino, 2005

**Spattini G.C.**, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1/2011, Giuffrè, Milano, 2011

**Speciale V.** *La certificazione e l'arbitrato dopo " il collegato lavoro" (legge 4.11.2010, n. 183)*, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it)

**Sposato R.**, *Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

**Stella Richter P.**, *I poteri del giudice amministrativo nella determinazione del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Giustizia Civile*, Giuffrè, Milano, 2003

**Stolzi I.**, *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria struttura plurale dell'esperienza giuridica*, in [www.jiudicium.it](http://www.jiudicium.it)

**Suppiej G.**, *I limiti del potere direttivo dell'imprenditore*, *Rivista trimestrale di Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1962

**Suppiej G.**, *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova, 1957

**Tafaro S.**, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso 14, 15, 16 giugno 2001)*, vol. III, Cedam, Padova, 2003

**Talamanca M.**, *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso 14, 15, 16 giugno 2001)*, vol. IV, Cedam, Padova, 2003

**Taruffo M.**, *Elementi per una definizione di “abuso del processo”*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 1998

**Tatarelli M.**, *Controllo giudiziale sui presupposti di legittimità*, in Guida al Diritto, n. 8/2010, Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Tatarelli M.**, *Le novità del collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazione di licenziamento, decadenza, indennità per il termine illegittimo*, in Massimario di Giurisprudenza del lavoro, n. 12/2010 Il Sole 24 ore, Milano, 2010

**Tatarelli M.**, *Poteri liberi e controllo giudiziale* (Nota a Cass.civ., Sez. Lav., 11 novembre 2011, n. 23673), in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, n. 3/2012, Il Sole 24 ore, Milano, 2012

**Tatarelli M.**, *Proporzionalità del licenziamento disciplinare e controllo in sede di legittimità*, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, n. 10/2011, Il Sole 24 ore, Milano, 2011

**Tiraboschi M.**, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in G. Proia - M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano 2011

**Torrente A., P. Schlesinger**, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999

**Trabucchi A.**, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1999

**Trapuzzano C.**, *L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)

**Travi A.**, *Sindacato giurisdizionale e valutazioni tecniche complesse e Autorità amministrative indipendenti: la necessità di un sindacato sulla corrispondenza della valutazione amministrativa alla norma*, in Giornale di diritto amministrativo n. 3/2006, IPSOA, Milano, 2006

**Trisciuoglio A.**, *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso 14, 15, 16 giugno 2001), vol. IV, Cedam, Padova, 2003

- Troiano S.**, *"La ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 2009
- Tullini P.**, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano 1994
- Uda M.G.**, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004
- Valente L.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento – I quesiti*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 – Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012
- Vallebona A.**, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, Massimario di Giurisprudenza del lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010
- Vallebona A.**, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012
- Vallebona A.**, *Tutela giurisdizionale e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995
- Vallebona A.**, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, Massimario di Giurisprudenza del lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2010
- Varva S.**, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 131/2011, Franco Angeli, Milano, 2011
- Velluzzi V.**, *Osservazione sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica&Politica* 2006, I, [www.units.it](http://www.units.it)
- Veneziano S.**, *Il controllo giurisdizionale sui concetti giuridici a contenuto indeterminato e sulla discrezionalità tecnica in Italia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Vettori G.**, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in Obbligazioni e contratti*, Utet Giuridica, Torino, 2008
- Videtta C.**, *Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa* in *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996
- Videtta C.**, *L'Amministrazione della tecnica. La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 2008

**Villata R.**, *Giurisdizione esclusiva e Amministrazioni Indipendenti*, in *Annuario Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo* 2002, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

**Villata R.**, *L'atto amministrativo - Attività, atti e provvedimenti amministrativi* in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo I - Parte generale*, Monduzzi, Bologna, 2005

**Visonà S.**, *I limiti del controllo giudiziale: clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, Relazione al convegno *Collegato lavoro: come cambia il diritto del lavoro*, Treviso, 22 ottobre 2010

**Volpe F.**, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2008, Giuffrè, Milano, 2008

**Zoli C.**, *La tutela delle posizioni "strumentali" dei lavoratori - Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988

**Zoli C.-Bolego G.**, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento - Il quesito*, Vallebona A (a cura di) in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 1/2012 - Supplemento al n. 12/2012 del Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Il Sole 24 ore, Milano, 2012

**Zuballi U.**, *Il controllo della discrezionalità* in *Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Università degli studi di Brescia* a cura di Vera Parisio, Giuffrè, Milano, 1999